جـــامـــعـــة الـــجـــزائـــر
كـــلـيـة الـحقـوق

عقد التموبل المتغلق بالملكية في البنوك اللإسلامية

مدكرة للحصول على شهادة الماجستير

فرع: القانون الخاص

من إعداد الطالبة/
حزام فتيحة

تحت إشراق اللأستاد/
الدكتور: بوغزالة محمد ناصر

لجنة المناقشة:

1- الأستاد الكتور: لعشب محفوظ ....رئيسا.

2- الأستاد الكتور: بوغزالة محمد ناصر.......................مقررا.

3- الأستاد: بكير محمد...عضوا.

السنة الجامعية 2002-2003.

بسـم الـّله الرحـمن الرحـيم

قال عز وجل:" الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون."

الآية **274** من سورة البقرة.

وقال تعالى: " يأيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين (277) فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون(278) وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خيرا لكم إن كنتم تعلمون(279)."

سورة البقرة.

كلمة شكر

أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المحترم الدكتور بوغزالة محمد ناصرالذي تفضل باشرافه على هذه المذكرة بكل تفان واهتمام ، مانحا إياي كل النصائح والمساعدات اللازمة لإنجاز هذا العمل على أحسن وجه.

ولا يفوتني أيضا توجيه أسمى التشكرات إلى كل الأساتذة الأفاضل الذين أطروا دراستي عبر كل مراحلها.

كما أتوجه بالشكر الجزيل لمديرية الشؤون القانونية والتنظيم على مستوى بنك البركة الجزائري (وكالة بئر خادم) التي دعمتني بكل الوثائق والمعطيات التي ساعدتني على إتمام هذا العمل المتواضع.

إهـــداء

إلى النور الساطع في قلبي، إلى الحب الذي يسري في عروقي: إلى أمي الغالية...................

إلى من علمني معنى الصمود والإصرار، إلى من كان سراجا منيرا في حياتي إلى أبي العزيز.........

إلى كل شقيقاتي: نعيمة،سمية،سعاد ، نبيلة وجازية تحية اعتزاز واعتراف.....................

إلى كل أفراد عائلة حزام..

إلى كل الأهل والأحبة والأصدقاء..

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ....

أهدي هذا العمل المتواضع.............

مـــــقـــــدمـــــة

إن التقدم الإقتصادي الحديث عامة وتطور سوق النقد خاصة شهد تنوع أدوات التمويل وتعدد مؤسساته واتساع نطاق التخصص فيه، مما أدى إلى تسهيل تحرك الأموال بين المدخرين والمستثمرين في قنوات متنوعة، ولا غنى لمن يستشرف آفاق التقدم والرخاء أن يعرفها ويتبناها ليحقق التنمية الإقتصادية والإجتماعية التي تعد التحدي الذي يواجه الدول النامية، لذا يرى الإقتصاديون أن عملية التنمية هذه تحتاج إلى أعباء تمويلية في مختلف المراحل التي تمر بها لهذا كان للجهاز المصرفي في أي بلد دورهام و فعال في تعبئة موارد المجتمع وتوجيهها بغرض تحقيق التنمية التي تسعى إليها.

و تؤثر معتقدات الناس و تقاليدهم في ميلهم إلى التعامل مع عناصر الجهاز المصرفي القائم في أوطانهم، ومنه فإن فعالية هذا الجهاز في دفع عملية التنمية بشكل فاعل تكون مرهونة بمدى استجابتهم للتعامل معه بشكل مكثف، وهذا من شأنه أن يعطي دفعة قوية خاصة إذا توافقت معاملاته مع معتقداتهم.
إن القيم و المبادئ الإسلامية تحتل الصدارة عند المسلمين عامة، وهي تؤثر في كل جوانب حياتهم بما فيها الاقتصادية، وقد تنبهت السلطات في البلدان العربية و الإسلامية إلى أهمية مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء، و ضرورة أخذها بعين الاعتبار في المعاملات التجارية
و المصرفية فيما يتعلق بنبذ سعر الفائدة واجتناب الربا.

فلقد فرض الواقع مؤسسات وعلاقات وأعراف تقوم على سعر الفائدة، وتوهم البعض أنه لا مناص ليعيش عصره أن يتعامل مع واقعها وأن يخضع لشروطها، بل نشأ زيف في عقول البعض أن هناك صلة عضوية بين سعر الفائدة والمصرفية الحديثة.

إن سعرالفائدة كثمن للإقراض و الإقتراض عملية دخيلة على النظام البشري، تضخم معها النشاط التمويلي بما فيه من أمراض التضخم والمقامرة، وانكمش فيه النشاط الإنتاجي بما فيه من تنمية ووفرة.

والحق أنه لا صلة عضوية إطلاقا بين صور التعامل الحديثة ومؤسسات الربا، بل قد وضح لنا بجلاء مدى السلبيات التي تسببها للتنمية والتوزيع والاستقرار، بعد أن تشعبت كأداة خبيثة في أنسجة التمويل المعاصر، فأصبحت واسطة طاغية لكل القنوات التي تصل بين الإدخار والإستثمار.

ومن هنا نرى الأهمية القصوى التي يجب أن تبذلها الإنسانية لحماية الجسم الإقتصادي من هذا المرض الخبيث، وتحرير البشر من زحفه الطاعن، وذلك بتحويل أسلوب التعامل والتمويل من الربا إلى المشاركة، حتى تحقق تنمية مستمرة واستقرارا دائما وتوازنا عادلا.

إن هذا لا يتأتى إلا بالعودة إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، الأمر الذي دفع دولا إسلامية وحتى دولا غربية إلى السماح بممارسات اقتصادية تكتسي طابعا عقائديا وأبرز مثال على ذلك البنوك الإسلامية التي انتشرت في معظم الدول العربية وغير العربية الإسلامية والغربية وأصبحت بذلك تنافس البنوك التقليدية.

إن فكرة البنوك الإسلامية والبدائل التي تقترحها في معاملاتها المصرفية، والمرتكزة على نبذ الفائدة، يعتبر من المواضيع التي اجتذبت الإنتباه في دائرة البحوث الاقتصادية والقانونية المعاصرة في العالمين العربي والغربي كونها تزاوج بين الاهتمام الاقتصادي والاجتماعي في إستراتيجيتها المصرفية وهو الأمر الذي دفعنا لمحاولة تبيان معالم هذه البدائل من الناحية الفقهية والقانونية من خلال هذا البحث.

حيث أصبحت البنوك الإسلامية أمرا واقعا في الحياة المصرفية الداخلية و الدولية بعد أن شقت طريقها بصعوبة في بيئات مصرفية بعيدة في أسسها و قواعدها و آليات العمل فيها عن الروح و القواعد التي تدار بها المصارف الإسلامية، فهي تسعى إلى تقديم خدمة استثمارية ومصرفية متميزة عقائديا، وفقا لأحكام الشريعة بهدف الإرتقاء بعملية التنمية والتكافل في المجتمعات الإسلامية واستيعاب الفائض المالي للمجتمع بشكل حلال.[1]

ومع ذلك فقد نجحت البنوك الإسلامية حسب بيانات صندوق النقد الدولي في أن تنتشر عبر ثلث دول العالم الأعضاء في صندوق النقد، و أنها خرجت من نطاقها الطبيعي في أسواق الدول الإسلامية إلى أسواق الدول الأخرى، كما أشارت إليه آخر إحصائيات الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية .[2]

وتستعمل البنوك الإسلامية من أجل تحقيق تلك الغايات وسائل وأدوات قانونية هامة أبرزها عقود التمويل التي تعد ضرورة اقتصادية لتمويل المشاريع الاستثمارية ذات المردود الإقتصادي.

1- خالد حنفي علي: ألف باء تمويل إسلامي، المنتدى المالي الإسلامي في استنبول 27-29سبتمبر2004، مقال منشورعلى العنوان الإلكتروني http://www.islamonline.net يوم2005/1/22 على الساعة10 صباحا.
2- أبو عبد الباسط مسرور فارس:صيغ التمويل المعاصرة في البنوك الإسلامية، بحث ماجستير علوم إقتصادية، جامعة الجزائر، 2001، ص أ.

وعقود التمويل في البنوك الإسلامية نجدها تنقسم إلى قسمين فهي إما تتعلق بالملكية

وسميت كذلك لأنها تؤدي قطعا في نهاية مدة العقد إلى انتقال ملكية المشروع الإستثماري من المصرف الإسلامي إلى المستثمر فضلا عن كونها تتميز بخصوصية عن البنوك التقليدية وهذا ما سنتناوله بالدراسة والتحليل من خلال هذا البحث .

أماالقسم الثاني فيتعلق بعقود التمويل الواردة على الإنتفاع بالشئ(القرض الإيجاريleasing) التي رغم كونها يمكن أن تؤدي للانتقال ملكية محل المشروع الإستثماري من المصرف إلى المستثمر باعتبار أن القرض الإيجاري عقد ايجار مقرون بوعد بالبيع، إلاّ أن هذا الإنتقال لا يتحقق إلاّ إذا استعمل هذا الأخير عند نهاية مدة العقد حقه في خيار الشراء فينقلب العقد بذلك لعقد بيع بالإيجار وتنتقل عندئذ الملكية ، فهذا الإنتقال مبني على شرط واقف وهو استعمال المستثمر حقه في خيار الشراء لكن هناك من الفقهاء المعاصرين من يرى أنّه في إطار القرض الإيجاري فإن مفهوم الملكية يتآكل ويتلاشى معه نمط التملك تدريجيا (حق الملكية) وأصبحت الحيازة والإنتفاع تحل محله ، وأصبح معها استخدام الأصل دون تملكه والإنتفاع به الأسلوب الجديد 1 في عمليات التمويل ، هذا على عكس عقد التمويل محل دراستنا الذي يدور محوره الأساسي حول حق الملكية .

وعليه ونظرا للأحكام الخاصة التي تنطوي عليها عقود التمويل المتعلقة بالملكية جملة وتفصيلا عن أحكام القانون الوضعي ، كونها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية كأصل كما تخضع لأحكام القانون الوضعي (النظرية العامة للعقد) فهي مزاوجة بين نظامين قانونيين مختلفين وهو كذلك مادفعنا للبحث في هذا الموضوع.

وتطرح معالجة هذا الموضوع جملة من التساؤلات يمكن إجمالها أساسا فيما يلي:

فيما يتمثل النظام القانوني لعقد التمويل المتعلق بالملكية ؟ وما مدى وجود تباين بينه وبين عقود التمويل التي تبرمها البنوك التقليدية ؟ وما مدى تمتع عقد التمويل المتعلق بالملكية بالتغطية القانونية الكافية؟

وأخيرا ما مصير صيغ التمويل الإسلامية في زخم التعددية التمويلية المتاحة على الساحة المصرفية والمعدة لتمويل النشاطات والمشاريع الإستثمارية؟

ومحاولة منالإجابة على مثل هذه التساؤلات وغيرها، ارتأينا اعتماد منهجية قائمة أساسا على المنهج الوصفي باعتباره أفضل السبل للتعريف بعقد التمويل المتعلق بالملكية ومصاحبته بالمنهج التحليلي من حين لآخر.

1- سمير محمد عبد العزيز: التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية ، الإقتصادية ، التشريعية ، التطبيقية، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2001، ص 201.

ووقوفا على حقيقة هذا العقد فإنّنا قسمنا البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول

مفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية مع تحديد **طبيعته الفقهية والقانونية**، حيث تطرقنا لتعريفه وذكر أهم خصائصه في مبحث أول وخصصنا المبحث الثاني لتوضيح هذه الصور مع التطرق لواقع استعماله في بنك البركة الجزائري كنموذج وكما خصصنا الفصل الثاني لدراسة إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية وآثاره القانونية وذلك بالتطرق لشروط إنعقاده الفقهية منها والقانونية وكذا متطلبات تنفيذه في مبحث أول وخصصنا المبحث الثاني لدراسة الآثار القانونية التي يرتبها مع الإشارة لمنازعاته وكذا طرق إنقضائه.

وخاتمة تتضمن أهم النتائج والاقتراحات المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة.

الفـصـل الأول

مفهوم وطبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية

يعد عقد التمويل المتعلق بالملكية من أهم الصور المميزة للأعمال التمويلية المصرفية في البنوك الإسلامية ، حيث يعتبر نواة العمل المصرفي الإسلامي ، فضلا عن أنه المميز للبنوك الإسلامية عن البنوك التقليدية ، لهذا الغرض إرتأينا تقسيم هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية.

المبحث الثاني: طبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية .

المبحث الأول: مفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية

تطرح مسألة تحديد مفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية ضرورة تعريفه وعرض أهم خصائصه التي تميزه عن باقي العقود ، لهذا الغرض ارتأينا تعريفه بصفة عامة ثم نتطرق لخصائصه العامة منها والخصائص المميزة له في **مطلب أول**، ثم نتعرض لصوره واستعمالها المصرفي في **مطلب ثان**.

المطلب الأول: تعريفه وخصائصه

نظرا لغياب تعريف لعقد التمويل، سنحاول تعريفه بصفة عامة **في فرع أول،** ثم التطرق لمحاولة تعريف صورته الرئيسية في البنوك الإسلامية وهو عقد التمويل المتعلق بالملكية في **فرع ثان.**

الفرع الأول: تعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية

سوف نتطرق لمحاولة تعريف عقد التمويل عامة وهذا في مرحلة أولى ثم نحاول تعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية في مرحلة ثانية.

أولا: صعوبة و غياب تعريف لعقد التمويل عامة

من خلال استقصائنا لمختلف التشريعات وكذا الفقه القانوني و الاجتهاد القضائي فإننا توصلنا إلى أنه لم تتعرض لا التشريعات الغربية ولا العربية لإعطاء تعريف لعقد التمويل، كما لم نجد له تعريفا لا في القانون ولا في الاجتهاد القضائي، من أجل ذلك حاولنا تعريفه كما يلي:

"عقد التمويل عقد مالي يربط بين شخصين طبيعيين أو اعتباريين (ممول ومستفيد) إذ بمقتضاه يلتزم الطرف الأول بتقديم المال نقدا أو عينا على وجه التملك أو الانتفاع لمدة محددة و يلتزم الطرف الثاني بتقديم مجهوده بهدف استثمار المال المقدم وإلحاقه بضمانات عينية و/أو شخصية، وذلك من أجل تحقيق مشروع استثماري و اقتسام الأرباح دون الخسائر مقابل نسبة من الفوائد يتحصل عليها الطرف الممول."

ثانيا: محاولة تعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية

نفس الصعوبات السالفة الذكر تعتري التعرض لتعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية، نظرا لكون هذا العقد هو عقد غير مسمى في القانون المدني لكن يمكن أن يجد أصله في القانون المصرفي إذا ما اعتبرناه عقد قرض، لذلك وانطلاقا من محاولة تعريفنا لعقد التمويل عامة ، نحاول من جديد تعريفه في البنوك الإسلامية كما يلي:

" عقد مالي يربط بين طرفين يسمى الأول صاحب المال أو الممول، والذي يكون دائما شخصا معنويا(مصرف) و الطرف الثاني المتمول (المستثمر) الذي يكون شخصا طبيعياأو معنويا، بحيث يلتزم الطرف الأول بتقديم المال نقدا مشاركة أو مضاربة أو تقديم العمل استصناعا، أو يكون بائعا في بيوع السلم أو المرابحة، ويلتزم الطرف الثاني بتقديم المال و / أو العمل وتغطيتهما بالضمانات العينية و/ أو الشخصية من أجل إنجاح مشروع استثماري و اقتسام الأرباح دون الفوائد بحيث تكون حصة كل منهما في الأرباح جزءا شائعا متفق عليه عند التعاقد وذلك لمدة زمنية محددة يعود للممول تحديدها ويؤدي عند انقضائها لتملك المستثمر للمشروع الاستثماري ويلتزم الطرفان في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية."

من خلال هذا التعريف ، نستخرج أهم الخصائص التي يتمتع بها عقد التمويل العامة منها والتي يشترك فيها مع جميع البنوك التقليدية الأخرى و الخاصة التي يستأثر بها عن غيره من عقود التمويل التي تجريها المصارف، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: خصائص عقد التمويل المتعلق بالملكية

إن لعقد التمويل المتعلق بالملكية جملة من الخصائص منها ما هو ذو طابع عام نجده في مختلف العقود الخاضعة للشريعة العامة(نظرية العقد)، ومنها ما هو حكر على هذا النوع من العقود ولا نجده في الشريعة العامة ولا حتى في الأعمال المصرفية ، لهذا سنتناول بالدراسة المميزات العامة لعقد التمويل المتعلق بالملكية **(أولا) ،** ثم نتطرق للمميزات الخاصة **(ثانيا)** .

أولا- المميزات العامة لعقد التمويل المتعلق بالملكية

المميزات العامة هي تلك التي نجدها مشتركة في عدة عقود وليس فقط في هذا النوع من العقود ونعددها كالتالي:

1- عقد التمويل عقد غير مسمى:

إن العقد غير المسمى هو العملية العقدية التي لم يتول المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها بعد فهي عقود يصيغها المتعاقدان، خاصة وأن إرادتيهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام وحسن الآداب[1]،وهذا ماينطبق تماما على عقد التمويل محل الدراسة الذي لا نجد له تسمية في القانون المدني أو التجاري، فرغم التعديل الجديد للقانون المدني والتجاري فلا نلمس من خلال تفحص مشروع التعديل إشارة لصوره مقارنة مع عقد التمويل الوارد على حق الإنتفاع (القرض أو الإعتماد الإيجاري)الذي استفاد من أحكام جديدة تم إدراجها ضمن مشروع القانون التجاري المعدل والمتمم لسنة2004، 2 فإذا سلمنا باعتباره عقد قرض فلا يمكن في نظرنا أن نطبق عليه أحكام عقد القرض الإستهلاكي المتضمنة في المواد 450-458 مدني من جهة ،وكذا المادة 68 من قانون النقد والقرض والتي تنص:" يشكل عملية قرض كل عمل **لقاء عوض** يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر ، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخرالتزاما بالتوقيع كالضمان الإحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

تعتبر بمثابة عمليات قرض، عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار بالشراء، لا سيما عمليات القرض الإيجاري ..."3 فإننا نرى أن هذا التعريف لا ينطبق على العقد محل دراستنا نظرا لكونه يبيح الفائدة من جهة ، ولا يشير لا من قريب أوبعيد لعقد التمويل المتعلق بالملكية بعكس عقد التمويل الوارد على الإنتفاع (القرض الإيجاري) من جهة أخرى ، هذا ما يؤدينا لاعتباره عقد قرض من نوع خاص .

1- علي فيلالي: الإلتزامات(النظرية العامة للعقد) مطبعة الكاهنة، الجزائر،دون طبعة،1997،ص63.
2- مضمون المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري لسنة 2004 مستقى من وثيقة إصلاح العدالة "الحصيلة والآفاق"، وثيقة صادرة عن وزارة العدل في أكتوبر 2004، ص17، 16.
3- القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض الجريدة الرسمية لسنة 2003 ، العدد 52،ص1

2 - عقد التمويل عقد تجاري:

رغم بعض الاختلافات الفقهية حول اعتبار عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد مدني أوتجاري نجد أن كل أحكام العقد التجاري تنطبق على هذا الصنف من العقود، ويرجع ذلك أن أطرافه يعدون تجار فالبنك الممول يعد تاجرا يخضع للقيد في السجل التجاري، وله نفس حقوق وواجبات التجار، كما أن الطرف الثاني أي العميل هو عبارة عن تاجر لأنه يريد تمويل مشروعه لغرض الربح فكلاهما أتيا عملا تجاريا.

وفي الحقيقة من الصعب وضع تعريف معين للعقود التجارية أو إخضاعها لأي تحديد ذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من الجائز استخدامه في ميدان التجارة، ولا يمكن حصر كافة التعهدات التي يتبادلها التجار.

غير أن أي عقد يكتسب الصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري، ومن ثم يعتبر العقد تجاريا بنص القانون إذا اندرج في تعداد المادة الرابعة من القانون التجاري، وطبقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية فإن العقد يعتبر تجاريا إذا أبرمه تاجر لحاجات تجارته، وقد يكون العقد عملا مختلطا أي تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية [1].

ومنه نطبق على عقد التمويل المتعلق بالملكية نظرية الأعمال التجارية.

3- عقد شكلي:

رغم أننا بينا أن عقد التمويل عقد تجاري هذا معناه أنّه في الأصل يخضع لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية و هي القاعدة العامة الواردة في المادة30 من القانون التجاري التي تنص:" يثبت كل عقد تجاري:

1- بسندات رسمية.
2- بسندات عرفية.
3- بفاتورة مقبولة.
4- بالرسائل.
5- بدفاتر الطرفين.
6- بالإثبات بالبينة أوبأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."[2]

يظهر من ذلك أن القاعدة العامة في العقود التجارية هي مبدأ الرضائية وحرية الإثبات، لكن عقد التمويل يعتبر في نظرنا استثناء على هذه القاعدة لأنه مهما كانت الصورة التي يبرم من خلالها نجده يستوجب من جهة الكتابة الرسمية عند الموثق المفوض بدلك ومن جهة أخرى يخضع للشهر الذي يتم حسب تقدير البنك لمركز العميل المدين، وهذا مراعاة لأحكام المادة 324 مكرر"1" من القانون المدني.

1- مراد منير فهيم : القانون التجاري(العقود التجارية و عمليات البنوك)، منشأة المعارف، بالإسكندرية(دون طبعة) 1982 ، ص9و10.

2 - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر1975 يتضمن القانون التجاري.

4 - عقد تبادلي:

نعلم أن العقد التبادلي أو الملزم للجانبين هو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض بحيث يكون كل متعاقد وفي نفس الوقت دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر.[1]

معنى ذلك أن البنك يكون مدينا بتقديم السيولة اللازمة لتمويل مشروع العميل وهو في نفس الوقت دائنا له بإنجاح المشروع و تحقيق الربح.

ولكي نكون بصدد عقد تبادلي أو معاوضة كما يقول الدكتور علي فيلالي يجب على الطرفين احترام القواعد التالية:

- يجب أن تنشأ هذه الإلتزامات في وقت واحد (وقت إبرام العقد).
- يجب أن يكون إلتزام المتعاقد متصلا و مقابلا لتنفيذ الإلتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الثاني.

5 - عقد محدد المدة :

عقد التمويل المتعلق بالملكية من العقود المحددة المدة، فهو إما أن يكون قصير المدى أو متوسط المدى أو طويل المدى.

5-1- عقد التمويل قصير الأجل:

مدته سنة واحدة في الغالب ويجب ألا يتجاوز السنتين كحد أقصى، وإن كان بعض الاقتصاديين يجعل هذا الحد هو ثمانية عشر شهرا فقط ،أما الحد الأدنى فيمكن أن يصل إلى يوم واحد.

5-2- عقد التمويل المتوسط الأجل:

وتتراوح مدته من سنتين إلى خمس سنوات وقد يمتد حده الأقصى إلى سبع سنوات.

5-3- عقد التمويل الطويل الأجل:

ومدته تزيد عن خمس أو سبع سنوات وليس له حد أقصى إذ يمكن أن يصل إلى عشرون سنة أو أكثر.[2]

و يخضع تحديد المدة لإرادة الطرفين (البنك، العميل) طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

1- علي فيلالي، المرجع السابق ،ص47.

2- سليمان ناصر: تطوير صيغ التمويل قصير الأجل في البنوك الإسلامية، بحث ماجستير، علوم اقتصادية، جامعة الجزائر 1998، ص23.

ثانيا: المميزات الخاصة لعقد التمويل المتعلق بالملكية

إن هذا النوع من الخصائص ينفرد به عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية خلافا للبنوك التقليدية و نجملها فيما يلي:

1- عقد لاربوي:

رغم أن الدراسة التي نحن بصددها هي دراسة قانونية بحتة، هذا لا يعني أبدا إهمال الجانب الشرعي الذي يميز هذا النوع من العقود، لهذا سنتناول بايجاز توضيح معنى الربا وتمييزها عن النظم المشابهة.

أ- تعريف الربا:

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معنى الربا، لكننا سوف لن نتعرض لقول كل مذهب في ذلك، بل نجمل الخلاصة التي توصل إليها الدكتور وهبة الزحيلي فيما يتعلق بتعريف الربا شرعا بقوله " هو الزيادة في أشياء مخصوصة وأنه فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال ويقصد به فضل مال ولو حكما، فيشمل التعريف حينئذ ربا النسيئة و البيوع الفاسدة باعتبار أن الأجل أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض مادي محسوس، والأجل يبذل بسببه عادة عوض زائد."1

ب- مشروعية الربا:

وإذا حاولنا تأصيل الربا2 وأحكامه تاريخيا قلنا في عجالة أن للشرائع السماوية الثلاث موقف مشترك في تحريمه، فقد تعرضت اليهودية للقرض بالربا في ثلاث نقاط دارت كلها حول تحريمه على اليهود فيمابينهم وإباحته مع الأجانب، وحرمت المسيحية الربا واعتبره بعض رجال الكنيسة جريمة خطيرة3، وأعلنوا ضده حربا بناءا على تعاليم ديانتهم وقالوا بأن تحريمه مبني

---

1 - أبو عبد الباسط مسرور فارس، المرجع السابق، ص11 .

2- والربا لغة: هو الزيادة و النمو والارتفاع ،وهو كلمة معروفة في اللغة العربية منذ القديم إذا قورن بمصطلح الفائدة الذي لم تعرفه إلا حديثا.

إصطلاحا: فهو الزيادة في المال مقابل الأجل ، وحرمت الشريعة الإسلامية هذه الزيادة لأنها تؤخذ من المجهود الذي بذله المقترض وربح من ورائه، وأد من أصوله إذا لم يرجع من استخدام القرض أو استعمله في مسائل استهلاكية لا تدر ربحا.

3- Seddik Taouti : vers un système bancaire conforme à la charia islamique, presse de l'ENAP, (sans éditions) 1986 p24.

على قاعدة منطقية مفادها ، محاولتها لتلافي آثاره الإجتماعية السيئة التي تكرس الفقرو تشجع على الفساد، إلا أنه ورغم موقف المسيحية المحرم للربا وتشبث رجال الدين به وتدعيمه بالنصوص القانونية، وكذا رغم تحريمه في القرون الوسطى (عند الرومان) 1 فإن نظرية التحريم هذه سقطت مع عصرالنهضة وهنا تطورالقرض بالزيادة عالميا.

من خلال ما سبق، تبين لنا أن الربا يعني الزيادة التي حرمها البارئ جل وعلى وهذه الزيادة إماأن تكون مشروطة كما في ربا الديون أو ظاهرة كما في حالة بيع الجنس بجنسه أو مقدرة بفرق الحلول عن الأجل، وذلك في حالة اختلاف الصنف مع إتحاد العلة،وهذا ما أشارإليه الدكتور عبد الرزاق رحيم جدي.

فالإسلام حرم الربا بكل أنواعها سواء كانت ربا ديون أو ربا بيوع كالتالي:

فربا الديون أو ربا الجاهلية وهوالذي حرمه القرآن الكريم في عدد من الآيات منها قوله تعالى:

"يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة."2

وهذا النوع له صورتان في مفهوم العرب حيث تعاملوا به فيما بينهم:

الصورة الأولى: الزيادة على أصل الدين عند حلول أجل الوفاء وتأجيله مدة أخرى للعجز عن الوفاء.

الصورة الثانية: الزيادة على دين القرض عند العقد إبتداءا.

أما ربا البيوع هو الذي حرمته السنة النبوية الشريفة فيما رواه عبادة ابن الصامت.3

الذي قال :" الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كما شئتم إذا كان يدا بيد."4

1- عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر(الأردن) عمان، الطبعة الأولى، 1998، ص35.

2- سورة آل عمران، الآية 130.

3- أبو عبد الباسط مسرور فارس، المرجع السابق، ص14، 15.

4 - رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن ماعدا الترميذي.

وهدف الإسلام من وراء تحريم الربا هو حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المدين من الاستغلال الذي يمارسه عليه الطرف الممول له.

ج- تمييز الربا عما يشابهها:

نميز بين الربا وما يشابهها من خلال الأوجه التالية:

ج- 1- التمييز بين الربا و الفائدة:

هذا التمييز كان محل انشغال المفكرين المسلمين في (الفقه،القانون،الاقتصاد،..) حتى في أوربا ميز بعضهم بين الربا والفائدة كما فعل الغربيون فاعتبروا أن الربا هوما زاد معادله على حد معين معناه الأضعاف المضاعفة وهي الفائدة الفاحشة، أما ما هو واقع ضمن الحد الذي يتعين قانونا أوفي سوق رأس المال فتلك فائدة مباحة.[1]

ويؤكد هذا الإتجاه موقفه بكون القوانين في العديد من الدول ميزت بين الربا و الفائدة وجعلت الأول يعاقب عليها وذلك للوقوف في وجه التعامل به وأباحت الزيادة المتوسطة التي أسمتها بمصطلح مقابل الخدمات عوض الفائدة.

لكن ما نستنتجه أن الإسلام لايفرق في التحريم بين ماإذا كانت الزيادة فاحشة أو معقولة حتى يصبغ عليها حكم الربا بل هي كل نوع من أنواع الفائدة مهما كانت قليلة أو كثيرة لأننا نشاطر من يعتبر أن هذا التمييز لا أساس شرعي له وهو مفهوم جديد دخيل على الشريعة الإسلامية السمحاء ولا يمكن الإعتداد به.

ج-2- التمييز بين الربا والربح:

لكي يسهل علينا التمييز بين الربا وبين الربح نوجز تعريف الربح

الربح لغة: النماء في التجر[2] ، وقد جاء تعريفه في المعجم الوسيط أنّه الكسب.

لقوله تعالى:" أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين."[3]

---

1 - أبو عبد الباسط مسرور فارس، المرجع السابق ، ص16.

2- لسان العرب، ابن منظور، مادة ربح : ج4، ص263.

3 - الآية 16 من سورة البقرة.

والربح اصطلاحا: يعني الزيادة المستفادة نتيجة الإدخار وهذا يعني أن ماذهب إليه الفقهاء في تحديد معنى الربح لايختلف عن مفهوم الربح اللغوي أو استعماله في القرآن.

ولما كان الربح يعني الزيادة فإننا سنتناول التفرقة بين الزيادة المحرمة في الربا والزيادة المباحة في البيع و التجارة من خلال الأوجه التالية:

ج- 2-1- من حيث المنفعة:

أن تبادل المنافع في التجارة والبيع يتم على وجه المساواة بين البائع و المشتري لأن المشتري من جانبه ينتفع بالسلعة التي يشتريها من البائع وبالجانب الآخرينال البائع الأجرة التي تتم فيها الزيادة مقابل الجهد الذي يبذله في جاب السلعة وتهيئتها للمشتري بجهده وبشرائها من غيره وإنفاقه عليها من ماله ... ولكن الأمر بعكس ذلك تماما بالنسب للربا حيث أننا نجد الدائن يأخذ الزيادة من المدين لينتفع بها ، فالنفع بالنسبة له متحقق لامحالة أماالمدين فإنه لاينال في عقد الربا من الدائن سوى التأجيل في وقت السداد قد يستفيد من هذا الوقت وقد لا يستفيد منه خاصة إذا ما كان القرض استهلاكيا فإن عدم الفائدة متحققة فيه.

فوجه الفرق أن الزيادة في الربح إنما تتم على أساس من النفع المحقق أو المتبادل بين البائع والمشتري سواء بسواء، أما الزيادة في الربا فإنها تتم على منفعة فريق وخسارة الفريق الآخر أي تقوم على المنفعة اليقينية المعلومة لفريق والمنفعة غير اليقينية المعلومة للفريق الآخر.

ج- 2 -2- من حيث الربح:

أن الربح في البيع إنما يتم أخذه من البائع مرة واحدة ومع ذلك فإن الغالب في الربح الحلال هو أن يستمر نفعه مدة قد تطول أو تقصر أما الزيادة في الربا التي يأخذها الدائن من المدين لها سلسلة لا تنقطع ولا تزال تتقوى و تستغلظ مع مر الزمن ومع ذلك فإن الغالب في هذا الدين هو أن تكون منفعة بالنسبة للمدين محدودة ويستهلك مرة واحدة.

ج- 2- 3- من حيث الجهد المقابل:

إن الإنسان في التجارة و الزراعة و الصناعة إنما يبذل جهده و وقته مقابل الأجرالذي يستحقه على ذلك والذي غالبا مايكون سببا في إدرار الربح له أما في عقد الربا فإن الدائن يستحق الزيادة دون أدنى جهد يبذله أو وقت يشغله بل هي بمجرد دفعه للمدين مقدار من المال زائد عن

حاجته مما يجعله مغتصبا لكسب غيره.

ج- 2 - 4- من حيث تبرأة الذمة:

إن المعاملة بين البائع و المشتري تنتهي حالا بمجرد تبادل السلعة والقيمة بينهما ومنه فذمتهما بريئة بالنسبة لبعضهما بمجرد تسليم البضاعة واستلام الثمن، أما المعاملة الربوية فإن المدين لا تبرأ ذمته بتسديد ما بذمته من قرض بل أنها تبقى مدينة تجاه الدائن حتى يتم تسديد الزيادة المترتبة و التي غالبا ترهق المدين حتى تؤدي لمصادرة أمواله.

ج- 2 -5- من حيث المخاطرة:

من المعلوم أن معاملتي البيع والتجارة تتضمن مخاطرة من حيث انخفاض السعر أو الهلاك والتلاف أما بالنسبة للربا فإن رأس المال لا مخاطرة فيه بل هو دين مضمون في الذمة فيجب الرد بمثله فضلا عن الزيادة المشروطة فلا يتعرض رأس المال هذا لأي مخاطرة.1

ومنه فإن الربح مباح شرعا أما الفائدة قلت أو كثرت فهي محضورة وهذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من 10-16 ربيع الثاني 1406 ه الموافق لـ 22-28 ديسمبر 1985 التي ورد فيها:

"بعد أن عرضت عليه بحوث مختلفة في التعامل المصرفي المعاصر وبعد التأمل فيها قدم مناقشة مركزة أبرزت الآثار السيئة لهذا التعامل على النظام الإقتصادي العالمي وعلى استقراره خاصة في دول العالم الثالث.

وبعد التعامل فيما جره هذا النظام من خراب نتيجة إعراضه عما جاء في كتاب الله من تحريم الربا جزئيا وكليا تحريما واضحا بدعوته إلى التوبة منه، إلى الاقتصار على استعادة رؤوس أموال القروض دون زيادة ولا نقصان قل أو كثر، وما جاء من تهديد بحرب مدمرة من الله ورسوله للمرابين:

قـرّر:

أولا: أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله وعجزالمدين عن الوفاء به مقابل تأجيله وكذلك الزيادة (أو الفائدة) على القرض منذ بداية العقد، هاتان الصورتان ربا محرم شرعا.

1- عبد الرزاق رحيم، المرجع السابق، ص85، 87.

ثانيا: أن البديل الذي يضمن السيولة المالية و المساعدة على النشاط الإقتصادي

حسب الصورة التي يرتضيها الإسلام هو التعامل وفقا للأحكام الشرعية.

ثالثا: قرر المجمع التأكيد على دعوة الحكومات الإسلامية إلى تشجيع المصارف التي تعمل بمقتضى الشريعة الإسلامية والتمكين لإقامتها في كل بلد إسلامي لتغطي حاجة المسلمين كيلا يعيش المسلم في تناقض بين واقعه ومقتضيات عقيدته.[1]

ومنه فالإسلام إذ يحرم فائدة رأس المال(الربا) لا يرى مانعا من أن يؤدي رأس المال إلى ربح إذا ما استثمر في مشروعات اقتصادية منتجة، لكن هذا الربح غير ممكن في حالة تقديم المال لسد حاجة استهلاكية لدى المستفيد(قرض استهلاكي) فنحن في هذه الحالة أمام عقد معونة وإرفاق، والقرض بلا فائدة هذا هو الحد الأدنى للمساعدة الواجبة على القادرين ويجب ألاّ نتصور أن نعمل على توفير فرص الإستخدام و العمالة عن طريق إنشاء وتوسيع المشاريع بحيث نؤمن للمحتاجين دخولا منتظمة ونغنيهم عن السؤال الأمر الذي يعود على الفقراء و المجتمع بالنفع،[2] وهذا ما أدى بالمشرع الكويتي إلى إدراج نص يحرم الربا صراحة ضمن أحكام التقنين المدني حيث جاء فيه :" **يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الإنتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أنّ ذلك لا يقابله خدمة حقيقية مناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا**."[3] فنتمنى أن يكون التشريع الجزائري أسوة بالتشريع الكويتي.

2- عقد استثماري:

إن لعقد التمويل عموما وعقد التمويل المتعلق بالملكية خصوصا أبعاد استثمارية حيث أنه يساهم في رفع وتنمية الاقتصاد الوطني[4]،عن طريق جلب الاستثمارات وتنميتها على المستوى الداخلي والدولي، أما عن نوع الإستثمارالذي يتيحه فهو "**الإستثمار المباشر**".

ولأن البنك الإسلامي يستخدم موارده المالية في الإستثمار فإن له أساليب الإستثمار الخاصة به منها الإستثمار المباشر وهذا كما في إنشاء شركات أو مؤسسات تقوم بنشاط اقتصادي معين تجاري أو صناعي أو زراعي وكذا يقوم بالإستثمار بالمشاركات عن طريق عقود التمويل محل الدراسة(المضاربة، المشاركة المنتهية بالتمليك، عمليات المرابحة، الإقراض دون فائدة،...) [5]، التي تكون محل دراسة لاحقا.

1- محمد علي عبد الله، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني، الجزء الثاني، سنة 1986، ص 837

2- رفيق يونس المصري: مصرف التنمية الإسلامي أو محاولة جديدة في الربا و الفائدة والبنك، مؤسسة الرسالة للنشر و التوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 1987، ص 238.

3- حسن محمد بودي: حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص 303.

4- علي فلاق: تمويل الاستثمار في الإقتصاد الإسلامي وسائله ومؤسساته، مذكرة ماجستير علوم اقتصادية، جامعة الجزائر، سنة 2001-2002، ص161.

5- مسعود عبد المجيد: البنوك الإسلامية وأوجه الاختلاف بينها وبين البنوك التجارية، رسالة ماجستير علوم اقتصادية، سنة 1992، ص 86.

ومنه وعموما فإن عقد التمويل المتعلق بالملكية يهتم بالتمويل المحلي للمشاريع الإستثمارية، والمقصود بالتمويل المحلي في أبسط صوره وكما عرفه الدكتور عبد

المطاب عبد الحميد بأنه:" كل الموارد المالية المتاحة والتي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة لتمويل التنمية المحلية... بالصورة التي تحقق أكبر معدلات لتلك التنمية عبر الزمن وتعظم الاستقلالية عن الحكومة المركزية في تحقيق التنمية المحلية المنشودة...

نرى أن مقياس نجاح نظام التمويل في التنظيمات المحلية يكمن في مدى النجاح الذي يحرزه هذا النظام في دعوة المواطنين المحليين للمشاركة في الاستثمارات على المستوى المحلي."[1]

ومنه وبالرجوع للغرض الحقيقي لعقد التمويل في البنوك الإسلامية هو تحقيق التنمية المحلية والدولية عن طريق تمويل المشاريع الإستثمارية لكن دراستنا اقتصرت على التنمية المحلية أو الوطنية فقط دون تجاوزها للدولية.

فالبنوك الإسلامية تقوم بأعمال التمويل الاستثمارية على أساس مشاركة يجني ثمارها جميع الأطراف، كما تحقق مصالح كبيرة للمجتمع الإسلامي لأن المصرف الإسلامي يوجه تيار الإستثمار إلى إنتاج السلع والخدمات التي تعود بالنفع الكثير و يأخذ مقابل هذه الأعمال جزءا من الربح يتناسب وحجم العمل الذي يقوم به،وبهذا تحصل الفائدة الكبيرة للمستثمر أولا و المصرف الإسلامي ثانيا وللمجتمع الإسلامي ثالثا. [2]

3- عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد تبعي(صيغة للوساطة المالية):

والمقصود بالعقد التبعي أنه لا يأخذ شكل عقد التمويل مباشرة ، بل هو قائم على نوع آخر من العقود والمعروفة في الفقه الإسلامي" **بعقود النيابة** " باعتبار أن المصرف الإسلامي يعد بمثابة " **وسيط مالي**" عندما يتعلق الأمر **بالتمويل الخارجي** الذي تقوم به البنوك الإسلامية ، حيث يعتبر البنك الإسلامي وسيطا بين ذوي الفائض (المدخرين) وبين ذوي العجز (التجار والمستثمرين) ، وانطلاقا من ذلك فإن علاقة المصرف الإسلامي مع طرفي الوساطة ينبغي أن تكون قائمة على عقود النيابة لكي تحقق الوساطة المالية المستوى الأمثل[3] ، بحيث يتولى المصرف الإسلامي توجيه الفائض من الثروة لدى الفئة الأولى إلى الأكثر حاجة إليها من أفراد الفئة الثانية مع حصوله على الأرباح من خلال هذا التوجيه.

1- عبد المطلب عبد الحميد: التمويل المحلي، الدار الجامعية الإسكندرية، دون طبعة 2001، ص22 بالتصرف.

2- عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار: البنوك الإسلامية بين النظرية و التطبيق، دار الوطن، الرياض، الطبعة الثانية، 1994 ، ص101

3- سامي إبراهيم السويلم: الوساطة المالية في الإقتصاد الإسلامي، مجلة الإقتصاد الإسلامي ، مركز دراسات شركة الراجحي المصرفية-الرياض- المجلد العاشر ، 2000،ص3، مقال منشور على العنوان الإلكتروني http:// www.kaau.edu.sa يوم 2005/1/5 على الساعة 11 صباحا.

فالمراد بالوسيط المالي إذن هومن له حق إدارة أموال ذوي الفائض وليس تملكها وحينئذ من مصلحة الوسيط بناء الوساطة على عقود النيابة أين تقتصر مخاطره على عمل

الوسيط ولا يلجأ إلى عقد ضمان لأن الوسيط كما هو شأن أي وحدة اقتصادية يطمح إلى الإسترباح بأدنى حد ممكن من المخاطر.

فبناءا على عقود النيابة هذه يلجأ المصرف الإسلامي إلى توظيف الأموال المودعة لديه عن طريق عقود التمويل الموجهة لمجموع المتعاملين الإقتصاديين والتي من بينها عقد التمويل المتعلق بالملكية محل دراستنا و الذي يعد صيغة من صيغ الوساطة المالية التي تحقق مقاصد الإقتصاد الإسلامي وتتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية وأحكامها، هذا من جهة.
ومن جهة أخرى فإنه عقد لا يقوم بذاته بل يستوجب إبرامه إبرام عقد أولي أو تمهيدي له ألا وهو عقد الحساب الجاري ، وعليه من المفيد التذكير بنظرية الحساب الجاري بوصفها إطارا قانونيا مستندا إلى العرف والمبادئ العامة للقانون في غياب نص قانوني صريح خاص بها ينظم العلاقة بين البنوك و متعامليها سواء كانوا مودعين أو متمولين.[1]

ومنه ينتشر الحساب الجاري في الحياة العملية على نطاق واسع، وهو نظام جرى به التعامل منذ أمد بعيد حتى صار عرفا أقره الفقه و القضاء بعد أن قاما بتصحيح بعض قواعده وتعديل بعض أحكامه، فأصبح بذلك نظاما أصيلا من أنظمة التجارة له قواعده وأحكامه الثابتة.
والحساب الجاري يفترض تعدد واتصال علاقات الأعمال بين شخصين بحيث يكون كل منهما دائنا في بعض العمليات ومدينا في بعض العمليات الأخرى، وبدلا من أن يقوم بتصفية فردية لكل عملية والوفاء بقيمتها، وهو ما يعني استمرار حركة دفع وقبض النقود بين الإثنين يتفقان على فتح حساب جار بينهما ، فيقيد كل منهما في دفترلديه المبلغ الناشئة عن العمليات الجارية بينهما سواء كدين له أو كدين عليه ثم يجتمعان بعد وقت معين لتصفية العمليات دفعة واحدة وقفل الحساب وعندئذ يتضح مركز الطرفين فيقوم المدين منهما بوفاء الرصيد الذي ينتج عنه التصفية للدائن وبذلك يوفران الوقت والجهد حيث تتم تصفية جملة عمليات بوفاء واحد.[2]
والحساب الجاري ليس مجرد قائمة بالعمليات المتبادلة بين الطرفين الهدف منها ضبط هذه العمليات وعدم نسيانها وقت التصفية وإنما هو صيغة حسابية خاصة تترتب عليها آثار هامة بين الطرفين فلا يعتبر أحد الطرفين دائنا ومدينا للآخر طالما أن الحساب مفتوح بينهما، وتستمر علاقتهما على هذا النحو حتى إقفال الحساب وتصفيته حتى يظهر عندئذ رصيد دائن لأحد الطرفين على الطرف الآخر يكون مستحق وقابل الآداء في الحال.

---

1 - حيدر عبد الناصر: مداخلة في ملتقى حول المصارف و القضاء، لسنة1999 باعتباره مدير الشؤون القانونية والتنظيم ببنك البركة(وكالة بئر خادم) ص 3.
2- محمد حسن الجبر: العقود التجارية و عمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود، الطبعة الثانية، 1997، ص241

فالحساب الجاري عقد بمقتضاه يتعهد شخصان بالنظر إلى علاقتهما التي تؤدي إلزامهما بالوفاء والإستيفاء بأن يتركا الحقوق التي تنشأ من هذه العمليات تفقد ذاتيتها وتتحول إلى مفردات في الحساب دائنة ومدينة بحيث يكون الرصيد النهائي وحده مستحقا وتعرفه

النظرية الحديثة: " **اتفاق به يخصص طرفاه جميع حقوقهما المتبادلة للوفاء الفوري يطبق الإدماج في رصيده يكون حالا فورا أي دون انتظار قفل الحساب وتكون حقوق كل منهما ضامنة وفاء حقوق الطرف الآخر."**[1]

لكن ما لاحظناه هو غياب إطار قانوني خاص بالحساب الجاري يبين مفهومه، خصائصه، أركانه في أغلب التشريعات العربية عامة و التشريع الجزائري خاصة فهو يستمد أحكامه من العرف التجاري و المبادئ العامة للقانون.

وبما أنه يستند إلى العرف التجاري فلا مجال فيه لقواعد القانون المدني بل إنه من الصعب أن نتصور أن يكون هناك حساب جار مدني، حيث أن محكمة النقض المصرية قد أكدت في حكمين لها في 27 جويلية 1963 تجارية القرض المصرفي أيا كانت صفة المقترض أو طبيعة القرض وهو حكم لا شك أنه يمتد إلى الحساب الجاري.[2]

والظاهر أن نظام الحساب الجاري كان مجهولا في القانون الروماني وأنه لم ينشأ إلا في القرن الثاني عشر من العادات المتبعة في المدن التجارية الإيطالية.

ومنه لم يرد للحساب الجاري تعريف تشريعي بين عناصره وأحكامه فمثلا وجدت إشارات له في القانون الأردني من خلال المواد (232 ، 355، 356) من القانون المدني الخاص بالتجديد و الفوائد وهي لم تتضمن تعريفه و بعض نصوص من القانون التجاري 381 ، 383 ، هذا بينما عرفه كل من القانون السوري في المادة 3963، والقانون العراقي، التونسي، الكويتي، من أجل كل ذلك فقد عقب الدكتور جمال جويدان الحمل قائلا:" إن محاولة وضع تعريف دقيق للحساب الجاري أمر صعب، كما يجعل من العسير ادخاله تحت أي نظام من نظم القانون المدني." 3

فما يمكن أن نخلص إليه أنه لا يمكننا التحدث عن عقود التمويل مالم يسبقها إبرام عقود النيابة من جهة، وعقد أو إتفاقية الحساب الجاري من جهة أخرى باعتباره جزء لا يتجزأ من عقود التمويل التي تبرمها البنوك الإسلامية وهذا ما توضحه نماذج عقود التمويل المرفقة بهذه الدراسة.

1- جمال جويدان الحمل: تشريعات مالية مصرفية، دار الصفاء للنشر والتوزيع-عمان، الطبعة الأولى، 2002،ص69.

2- علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية،منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 1968 ص317.

3- جمال جويدان الحمل، نفس المرجع أعلاه، ص70.

4- عقد مصدره الفقه الإسلامي:

وكنتيجة للخاصية المتضمنة أن عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره (مشاركة، مضاربة، استصناع، سلم، مرابحة للآمر بالشراء)، هو عقد غير مسمى في القانون المدني

أو التجاري، وهذا راجع لكون أحكام هذه الصور تجد فحواها في الفقه الإسلامي الذي حدد مفاهيمها وشروطها وطبيعتها وآثارها، وهذا استنادا إلى أن المصرف الإسلامي يعتمد على عدة مبادئ أبرزها التحريم القطعي للربا استنادا إلى قوله تعالى: " **وأحل الله البيع وحرم الربا**"1.

ووفقا لعدد من الخبراء فالبيع هنا يتضمن "مشاركة" –أي اقتسام- المكسب والخسارة وفي هذا المنطق بعد أخلاقي واجتماعي، حيث أن الربا الذي يعني نسبة محددة من الفائدة زائدة عن المال الأصلي يجنيها المودع وهذا ما يعمق النزعة الفردية، بينما المشاركة تعمق التعاون وتقاسم المصلحة في المجتمع نفسه 2،بحيث يتم التركيز على الكسب الحلال بالتعاون بينها وبين عملائها لكونهم شركاء يتقاسمون الأعباء والمكاسب مما يؤكد القاعدة الشرعية المعروفة " **الغنم بالغرم**" وبهذا المعنى يتفاعل المصرف الإسلامي مع عملائه حيث يشاركهم في استثماراتهم ويدعوهم للمشاركة في استثماراته إذا دعت الحاجة إلى ذلك،3 هذا ما أدى بالبعض إلى تسميته "**بالنظام المصرفي المساهماتي**"، ومنه فآلية المشاركة التي تعمل بهاالمؤسسة المصرفية الإسلامية تعني أنّها ليست مؤسسة وسيطة بين المدخرين كفريق مستقل والمستثمرين كفريق آخر كما هو الحال في البنوك التجارية، وإنما هي مؤسسة وسيطة بين أصحاب المدخرات الذين يريدون استثمار أموالهم بالمشاركة ورجال الأعمال الذين يريدون تمويلا لمشروعاتهم الإستثمارية 4 من دون ربا، فمناط تحريم الربا (ربا الفضل وربا النسيئة) في نظر بعض الفقهاء هو استغلال المصارف الربوية لحاجة العميل في الحصول على تمويل مشروعه الإستثماري وهذا ما أدى بالبعض الآخر من الفقهاء إلى اعتبار أن الهدف من النظام التمويلي الإسلامي ليس فقط إقامة مشاريع استثمارية خالية من الفوائد وإنما هو نظام يهدف أساسا إلى إقامة نظام إجتماعي متوازن وخال من كل أنواع الإستغلال،5 وعليه وحتى ولو اعتبرنا بعض صور هذا العقد تقترب من بعض العقود المعروفة في القانون الوضعي إلا أن ذلك اقتراب شكلي فقط وليس موضوعي ،فلا يمكننا بالنتيجة الجزم أن هذا النوع من العقود لا يخضع للقانون الوضعي بل يخضع له من حيث أحكام النظرية العامة للعقد.

1- الآية 275 من سورة البقرة.

2- خالد حنفي علي، المرجع السابق، ص1.

3- مجيد الشرع: النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي في ظل معايير المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول ،جامعة فيلادلفيا كلية العلوم الإدارية والمالية يومي 14-2003/5/15 مستقى من الموقع : http://www.kantakji.org يوم 2005/1/26 على الساعة10صباحا.

4- عبد الرحمان يسري أحمد:قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، الدار الجامعية، الإسكندرية، (دون طبعة)، 2001،ص36.

5- Mohamed N.Alam: A comparative study between Islamic and conventional banking systémes, article published in the folowing site web : http:// www. .kantakji.org, in 26/1/2005 at 3 o’clock.

المطلب الثاني: صور عقد التمويل المتعلق بالملكية واستعمالها المصرفي

إن لعقد التمويل المتعلق بالملكية عدة صور نتناول تحديدها وذلك بالتطرق أساسا لمفهوم كل صورة في **فرع أول**، ثم التعرض للاستعمال المصرفي لهذه الصور ونأخذ في ذلك بنك البركة الجزائري كنموذج في **فرع ثان.**

الفرع الأول : صور عقد التمويل المتعلق بالملكية

سنسعى من خلال هذا الفرع إلى تبيان صور عقد التمويل المتعلق بالملكية ببعض من التفصيل وذلك بالتطرق لتمييزها عن بعض المفاهيم المشابهة.

أولا- عقد التمويل بالمشاركات (مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر)

إن المقصود بالمشاركات هي تلك العقود التي تقوم على مبدأ المشاركة في الربح والخسارة وهذا مايبنى عليه عقدين هامين من العقود التي تتعامل بها المصارف الإسلامية وهما عقد المشاركة كما تدل عليه تسميته وكذا عقد المضاربة وهذا ما سنبحثه كالتالي:

1- عقد التمويل بالمضاربة

حتى يتسنى لنا دراسة عقد التمويل بالمضاربة بصفة مفصلة نتناول أهم العناصر التي يرتكز عليها هذا العقد وهي بالتطرق لتعريف هذا العقد ثم بيان أنواعه.

أ- تعريف عقد المضاربة:

لا يمكننا تعريف عقد المضاربة دون الرجوع لمعرفة حقيقة المضاربة في حد ذاتها سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية.

أ-1-التعريف اللغوي:

المضاربة لغة: مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير فيها وهي مستمدة من قوله تعالى: "وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة."[1]

وقد يكون السفر بغرض التجارة و الإرتزاق وفي ذلك يقول عز وجل:

" وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله."[2]

وكلمة المضاربة مرادفة لكلمة القراض في الاصطلاح الفقهي حيث يردان بمعنى واحد والقراض لغة مشتق من القرض وهو القطع لأن صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل.

1- سورة النساء، الآية 101.

2- سورة المزمل، الآية 20.

أ-2- التعريف الاصطلاحي:

إن التعريف الاصطلاحي مختلف بين السنية و الشيعية ، وبسبب اعتناقنا للمذهب المالكي نورد تعريفه وفق أحكامه فقط:
"عقد المضاربة أو القراض حسب المصطلح الحجازي " المقارضة هي أن تقارض من قارضته مالا على أن رأس المال الذي يدفع إليه عينا مادفعت إليه ووزن ذلك وضربه يبتغي فيه صاحبه ما ابتغى ويدير ما أدار منه على مايكون فيه من نفقته أو زكاة حتى إذا حضرت المحاسبة ونض[أ] القراض فما وجدت بيده أخذت منه رأس مالك وما كان فيه من ربح تقاسماه على ماتقارض عليه من أجزاء الربح شطرين كانا أو غيره ولا يحل لواحد منهما أن يضمن لصاحبه ربحا يأتيه به ولا يحل قراض على ضمان."[1]

ونحن نرى من خلال هذا التعريف عند المالكية أنه معقد يشوبه الغموض لهذا نورد التعريف الذي جاء به الدكتور حسن عبد الله الأمين حيث قال:

" المضاربة أو القراض اصطلاحا هي إتفاق بين طرفين ، يبذل أحدهما فيه ماله ويبذل الآخر جهده ونشاطه في الاتجار والعمل بهذا المال، على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان،...وإذا لم تربح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأس ماله، وضاع على المضارب كده وجهده لأن الشركة بينهما في الربح، أما إذا خسرت الشركة فإنها تكون على صاحب المال وحده، ولا يتحمل عامل المضاربة شيئا منها مقابل ضياع جهده وعمله،إذ ليس من العدل أن يضيع عليه جهده وعمله ثم يطالب بمشاركة رب المال فيما ضاع من ماله ما دام ذلك لم يكن عن تقصير أو إهمال ، والمضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار، وأنها لا تصح على دين، سواء أكان على العامل أم على غيره، وأن الوكيل ليس مضاربا، والسبب في اشتراك العاقدين في الربح هو أن صاحب المال يستحق الربح بسبب ماله ، لأنه نماء ماله والمضارب يستحقه باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح وعليه إذا اشترط جميع الربح لرب المال كان العقد مباضعة ،ولوشرط جميعه للمضارب كان قرضا، هذا جوهر معنى المضاربة أو القراض في الإصطلاح الفقهي."[2]

في اعتقادنا أن هذا التعريف جامع مانع لمعنى المضاربة ولا حاجة للتفصيل فيه.

أ: نض من التنضيض وهو التنفيذ وهو تحويل رأس مال المضاربة لمقابل نقدي.
1- الجيلالي عجة: عقد المضاربة في المصارف الإسلامية،مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1995 – 1996 ، ص37.
2- أبو عبد الباسط مسرور، المرجع السابق ص92، 93

أ-3- إختلاف مفهوم المضاربة في النظام الإسلامي عنه في النظام الربوي:

إن المضاربة في الفقه الإسلامي بمفهومها السابق يختلف كلية عن مفهوم المضاربة في الإقتصاد الربوي ، فهي تعني في الإقتصاد الربوي ميل جميع المنشآت و الأفراد لتحقيق عوائد على أموالهم بانتهاز فرص الإستثمارالمريح لتوظيف أموالهم بشراء وبيع السندات لتحقيق أرباح ترتبط ارتباطا مباشرا بسعر الفائدة السائدة في السوق النقدية، فسعر الفائدة هو المؤشر الفعال في النظام الربوي على الطلب على النقود لغرض المضاربة، بينما أساس المضاربة في الإسلام هوالإشتراك في أرباح الإستثمارالذي يعود على الفرد و المجتمع بالخير،[1] لما فيه من حماية للطرف الضعيف في العقد من الإستغلال.[2]

وترى الدكتورة عائشة الشرقاوي المالقي أن مرد الخلاف بين النظامين يعود إلى أن المضاربة تعني في الفقه الإسلامي اشتراك المال والعمل بهدف تحقيق الربح أما بالنسبة للإقتصاد والتجارة هو تحقيق الربح عن طريق استثمار المال وحده والمضاربة على الفرق بين أسعار البيع وأسعار الشراء مع الترتيب والترصد لانتهاز كل فرصة مواتية للشراء بأبخس الأثمان أو البيع بأعلاها، وهذا المفهوم لا يقبله الإسلام لأنه من قبيل المقامرة، التي أوجب الابتعاد عنها بينما يقبل المضاربة كشكل من أشكال الإستثماريشجعها لأن طبيعة العلاقة بين أطرافها تجعل من صاحب المال مالكا للمشروع لا مقرضا له ومن المضارب مسيرا للأموال التي قدمها له الطرف الأول وتكون مكافأة عن المجهود المبذول عبارة عن نسبة شائعة في الأرباح المتحققة التي يتفق عليها ، وهذا يعني أنه لا يحصل على أجر ثابت معين مسبقا، كما لا يتحمل أية خسارة قد تلحق بالمشروع، بل يتحملها صاحب المال بمفرده،إذ يكون المضارب قد خسر جهده ووقته،وهذا ما يبين لنا نوعية الروابط الإقتصادية، التي تريدها الشريعة الإسلامية في إقتصاد لا يقوم على الفائدة أي روابط بين المال والإدارة وليس بين الإقراض والاقتراض.[3]

1- عوف محمود الكفراوي: البنوك الإسلامية، مركز الإسكندرية للكتاب، (دون طبعة)، 1998،ص83.

2- The principles of Islamic banking and its application in australia : article published in the 10 th issue of Nida'ul Islam magasine, November-December 1995 p2 ; by the folowing site web :http:// www.usc.edu in 23/02/2005 at 3 O'clock.

3- عائشة الشرقاوي المالقي : البنوك الإسلامية –التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق- رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، المركز الثقافي العربي، بيروت، 2000، ص282.

ب- أنواع المضاربة:

تنقسم المضاربة إلى نوعين: المضاربة العامة أو المطلقة،و المضاربة الخاصة أو المقيدة.

ب-1- المضاربة المطلقة:

هي التي لا يرد في عقدها أي شرط يحد من سلطة المضارب في العمل سواء من حيث نوعية أو مكانة العمل هذا أو الأشخاص الذين سيتم التعامل معهم، بل يبقى له مطلق الحرية في التصرف.[1]

وهناك من يرى أن المضاربة المطلقة هي مضاربة مفتوحة لا يقيد فيها صاحب المال المضارب بقيود معينة مثل ممارسة المضاربة في نشاط المضاربة فيه ، أو فترة زمنية محددة يتم ممارسة المضاربة فيها ، وغيرها من القيود التي يراها صاحب المال كفيلة بحفظ ماله وتأمين مخاطر هلاك المال أواستجلابا بالنفع معين يراه صاحب المال، ويترك للمضارب حرية التصرف في المضاربة المفتوحة أو المطلقة، حيث يمارس نشاط المضاربة وفقا لإرادته وبدون أي قيود أو تدخل من جانب صاحب رأس المال وهو النوع الغالب على أنواع المضاربة في البنوك الإسلامية حيث يترك للبنك كامل الحرية في المضاربة بالمال الذي أودع لديه واختار أنسب مجالات التوظيف والإستثمار والنشاط للمضاربة فيها ، وكذا الوقت المناسب للقيام بها.[2]

ب- 2- المضاربة المقيدة:

هي التي يتضمن عقدها شروط تقيد من حرية المضارب في التصرف كأن يشترط عليه رب المال أن يشتغل في سلع معينة، أو تنتمي إلى قطاع معين ، وفي مكان محدد ، أو أن لايتعامل إلا مع شخص بذاته، أوغير ذلك من الشروط التي يجب أن تأخذ بعين الإعتبار الإختلاف الفقهي حول جوازها من عدمه و إن كان لا يحق للمضارب مخالفة ماتم الإتفاق عليه في العقد.

ويرى الدكتور الخضيري أن المضاربة المقيدة هي نوع من المضاربات التي يضع فيها صاحب المال قيودا وشروطا تقيد حركة المضارب في إجراء أعمال المضاربة سواء أكانت قيودا تتصل بالنشاط الإقتصادي الممارس فيه عملية المضاربة أو المكان أو الزمان أو الأفراد الذين سوف تتصل أو تتعلق بهم عملية المضاربة.

1- عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق، ص304.
2- محسن أحمد الخضيري: البنوك الإسلامية، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الثانية،1995، ص137.

فيشترط لصحة هذه القيود أن تؤدي إلى جني فوائد معينة من ورائها وليس إلى إحداث ضرر بالمتعاملين الإقتصاديين ، فهناك من يرى أن هذه القيود تشكل إرهاقا في جانب الطرف المتمول1 وربما أن هذا ما أدى بأغلب الفقهاء إلى الحكم على أن العقود المصرفية تندرج ضمن طائفة عقود الإذعان نظرا لكونها تضع شروطا تكون مرهقة للمستفيد من التمويل أو المستثمر.

2- عقد التمويل بالمشاركة:

وسنتناول دراسته بصفة وجيزة مبرزين في ذلك تعريفه وكذا أنواعه.

أ- تعريف المشاركة:

سنتطرق لتعريف المشاركة من ناحيتين الناحية اللغوية والناحية الاصطلاحية وهذا كما يلي:

أ- 1-**المشاركة لغة**: الاختلاط و الامتزاج.

أ-2- المشاركة اصطلاحا: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحا فقد قال المالكية: هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما، أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع بقاء حق التصرف لكل منهما.

وقال الحنابلة: الشركة هي الإجتماع في استحقاق أو تصرف، وقال الشافعية: هي ثبوت الحق في شيء لإثنين فأكثرعلى جهة الشيوع، وقال الحنفية: هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح.

واختلفت التعاريف لكن معظمها يؤكد على المشاركة في الأرباح دون الخسائر الناتجة عن المشروع الاستثماري محل عقد المشاركة.

وفي رأينا أن التعريف الأقرب للوضوح والشامل هو التعريف الذي أورده ابن قدامة في مؤلفه "الشرح الكبير" حيث عرف المشاركة أو الشركة:" اشتراك شخصين أو أكثر في المال أو العمل أو فيهما معا بهدف انجاز عملية معينة وعلى أساس اقتسام الناتج عنها بحسب حصة كل واحد سواء في المال أو في العمل."

1- عائشة الشرقاوي، نفس المرجع السابق، ص349، 348.

فعبارة اقتسام الناتج عنها يدل على اقتسام الأرباح والخسائر لأن الناتج قد يكون ربحا أو خسارة.

نستخلص من هذا التعريف الفقهي أنه يقترب كثيرا من التعريف القانوني لعقد الشركة والذي أورده المشرع الجزائري عبر المادة 416 مدني التي تنص : " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من مال أو عمل أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي تنجر عن ذلك."1

فإن وجدنا تقاربا في التعريف الفقهي لعقد المشاركة والتعريف القانوني للشركة التجارية فهذا لا يعني اشتراكهما في عناصر أخرى بل هناك فوارق كثيرة بينهما نذكر منها:

- أن الشركة التجارية حسب القانون لها أنواع منها(شركة المسؤولية المحدودة، التضامن، التوصية البسيطة أو بالأسهم، المساهمة،...) لكن هذه الأنواع لا نجدها إطلاقا في عقد المشاركة حيث ينفرد هذا العقد بصور أخرى منها(المشاركة الثابتة برأس المال، المتناقصة المنتهية بالتمليك،...).

- أن القانون يعترف ويحمي الشركة الفعلية أو المنشأة من الواقع وهي التي تنشأ مثلاعن تخلف ركن الشكلية في عقد الشركة و الذي يعد ركنا جوهريا وهذا ما لا نجده في عقد المشاركة وإن كان يتطلب الشكلية لإبرامه لكن تخلفها يؤدي مباشرة لبطلان العقد...

ومنه في نظام المشاركة حسب الفقه الإسلامي يصبح البنك شريكا في ملكية المشروع الإستثماري وشريكا في إدارته، وعليه فعملية المشاركة في ملكية المشروع قوامها التضامن بين الممول وطالب التمويل في حالة الخسارة كما في حالة الربح فهو شريك له في الخسارة كما هو شريك له في الربح.2

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني.

2- هشام خالد: البنوك الإسلامية الدولية و عقودها إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 16، 19.

ب- أنواع المشاركة:

سنتناول بالدراسة أنواع المشاركة المعتمدة في البنوك الإسلامية فقط وهي أنواع تأخذ بعين الإعتبار مدى التمويل من حيث الزمان أو يراعى فيها المدة كعنصر أساسي للتمويل فتكون بذلك إما مشاركة قصيرة الأجل أو طويلة الأجل وهذا ما سندرسه كالتالي:

ب-1- المشاركة الإسلامية قصيرة الأجل:

وهذا النوع من المشاركات يكون محدد المدة ويتضمن الإتفاق بين الأطراف على توقيت معين للتمويل مثل أن يقوم البنك بتمويل جزء من رأس المال العامل لدورة واحدة للنشاط الجاري أو لسنة مالية أو قيام البنك الإسلامي بتمويل عملية محددة مثل عملية توريد معينة أوعملية مقاولات لإنشاء مبنى أو تمويل نقل صفقة معينة خلال فترة محددة قصيرة الأجل...الخ.

وبعد انتهاء المدة أو العملية الممولة يقوم البنك و العميل باقتسام الأرباح أو العائد وفقا للنسب المتفق عليها.

ويراعى أن في المشاركة قصيرة الأجل تحدد حدود العلاقة بين طرفيها، أي بين البنك وبين عميله وتحديد أجل محدد يتعين الإلتزام به ، تلافيا لأي خلافات قد تنجم بين الطرفين إلا إذا ما اتفق على غير ذلك فيما بعد، فيتم تأسيس مشاركة جديدة وهكذا.

ب-2- المشاركة طويلة الأجل:

وهي أهم أنواع المشاركات تؤثر على البنيان الإقتصادي في الدولة والتي تقوم أساسا على إنشاء مصانع وشركات أو خطوط إنتاج أو القيام بعمليات الإخلال و التجديد والتي تتضمن شراء أصول رأسمالية إنتاجية يتم تشغيلها لسنوات لتعطي عائدا، والمشاركة طويلة الأجل نوعان:

ب-2-1- المشاركة الثابتة برأس مال مشترك:

يقوم هذا النوع من التمويل بالمشاركة عن طريق قيام البنك بالمساهمة في رأس مال المشروع الذي يتقدم به عميل المصرف سواء أكان هذا المشروع إنتاجيا سلعيا يقدم سلعا صناعية أو زراعية أو مشروع خدمات تجارية و توزيعية.

أو أيا كان نشاط المشروع وذلك وفقا لحصة مشاركة ثابتة لكل من الطرفين تظل دائمة إلى حين انتهاء الشركة ويتم التحاسب بين البنك وفقا لهذه الصيغة الإستثمارية عن طريق اقتسام العائد بنسبة مساهمة كل منهم في رأس المال مع تخصيص حصة من هذا العائد للعميل

أولأحد الشركاء إذا ما كان قائما بإدارة الشركة.1

ويترتب على ذلك أن يكون البنك وفقا لهذه الصيغة شريكا ليس فقط في رأس المال ولكن أيضا في إدارة المشروع و الإشراف عليه، وفي عائده الذي يرزقه الله به، وبالحصة المتفق عليها وفي إطار القواعد الشرعية الحاكمة لعملية المشاركة.

والبنك وفقا لهذه الصيغة مستمر في التمويل في هذا المشروع مادام المشروع قائما ومستمرا ويعمل.

ب- 2-2- المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك:

هي شركة العقد التي تنشأ بين إثنين أو أكثر بعقد يتفقان فيه على القيام بنشاط اقتصادي معين بقصد تحقيق الأرباح وهي مشروعة لقوله تعالى:" إن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم..." 2

فالخلطاء هم الشركاء، وجاء في الحديث القدسي أن الله تعالى يقول : أنا ثالث الشريكين مالم يئن أحدهما صاحبه، فإن خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما."

ويمكن تعريفها "شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة ، أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها."3

فهي أهم أشكال التمويل بالمشاركة التي تقوم بتقديمها البنوك الإسلامية، ويطلق عليها البعض اصطلاح " المشاركة التنازلية" ويقوم هذا النوع من التمويل على أساس عقد مكتوب يتم بمقتضاه تأسيس علاقة تعاقدية بين البنك كشريك ممول بجزء من المال و العميل كشريك ممول بالجزء الآخرمن المال بالإضافة إلى تقديمه الجهد والعمل اللازم لإدارة النشاط الإقتصادي .

1- محسن الخضيري: البنوك الإسلامية ، المرجع السابق.ص130-131.

2- سورة ص ، الآية 24.

3- محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 1999، ص338.

و بموجب هذا العقد يتناقص حق البنك كشريك في الشركة بشكل تدريجي يتناسب تناسبا طرديا مع مايقوم العميل بسداده إلى البنك من قيمة التمويل المقدم مثله في ذلك مثل شراء أي فرد لأسهم شركة من الشركات وبمعنى آخر كلما قام العميل بشراء جزء من تمويل البنك ومساهمته صفرا وامتلاك العميل لكل الموجودات الخاصة بالمشروع بنسبة100 بالمائة في نهاية فترة المشاركة المنصوص عليها في العقد.

ومن هنا تصبح المشاركة المتناقصة وسيلة هامة من وسائل تمويل المشروعات حيث يميل إليها الأفراد طالبوا التمويل ممن لا يرغبون في استمرار مشاركة البنك لهم والمشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك لها عدة صيغ أهمها:

الصيغة الأولى: أن يتم الاتفاق بين البنك وعميله المشارك في الشركة على أن يكون إخلال الشريك محل البنك يتم بعقد مستقل تماما يتم بعد اتمام عملية التعاقد الخاص بعملية المشاركة الأصلية ن وتعطى هذه الصيغة الحرية الكاملة لكلا الطرفين في التصرف ببيع حصته من رأس مال الشركة إلى الطرف الآخر أو للغير.

الصيغة الثانية:أن يتم الإتفاق بين البنك وعميله المشارك على حصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل أو العائد المتحقق فعلا مع حق البنك في الحصول على جزء من إجمالي الإيراد المتحقق فعلا في إطار مبلغ متفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصا لسداد الأصل ما قدمه البنك من تمويل وبمعنى آخر يتم تقسيم إجمالي الإيراد المتحقق إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: حصة البنك كعائد للتمويل.

القسم الثاني: حصة الشريك كعائد لعملية تمويله.

القسم الثالث: حصة البنك لسداد أصل مبلغ التمويل المشارك به في رأس مال الشركة.

الصيغة الثالثة: تقوم هذه الصيغة على اتفاق كل من البنك وعميله المشارك على تحديد نصيب لكل منهما في شكل أسهم محددة القيمة، يمثل مجموعها إجمالي قيمة المشروع أو العملية موضوع المشاركة ويحصل كل شريك على حصته من الإيراد المتحقق فعلا طالما كانت الشركة قائمة وتعمل.

ويحق للعميل المشارك إذا ما رأى ذلك مناسبا أو وفقا لرغبته أن يشتري من البنك بعض الأسهم المملوكة للبنك في نهاية كل فترة أو سنة مالية بحيث تتناقص أسهم البنك بشكل تدريجي بمقدار ما يشتري العميل المشارك من أسهم البنك، وتزداد حصة العميل المشارك بالتبعية إلى أن يمتلك كامل الأسهم فتصبح ملكيته كاملة.[1]

ونستنتج من ذلك أن العميل في المشاركة التنازلية هو المالك و المسير للمشروع الإستثماري دون أن يزاحمه أي طرف آخر فتتأكد حريته لتخلصه من سلطة ورقابة البنك عليه وهذا ما ينمي ويدفع الأفراد للتوجه لمثل هذا النوع من المشاركات لأن العميل في آخر المطاف يصبح مالكا للمال والعمل معا.

1- محسن الخضيري، المرجع السابق، ص133.

ومنه فالمشاركة المتناقصة هي التي تنسحب من المشاركة بالتدريج، تاركة للشريك مشروعه بعد سداد رأسمال المصرف بالتدريج مع الأرباح، وهذا الأسلوب على غاية من الأهمية في ترويج الإستثمار وانطلاق التنمية وإغناء العمالة وكسر طوق البطالة، وهذا النوع من التمويل يمثل ضرورة تنموية بالنسبة للدول النامية، ففي كل بلد خبرات وحرفيون على درجة من الخبرة لا يعوق انطلاقهم إلا رأس المال، وهؤلاء يمكن أن يكونوا رأس جيش مدرب لغزو آفاق الإستثمار وترويجه.

ثانيا: عقد التمويل بالبيوع

استخدمت البنوك الإسلامية مبدأ التوظيف بالمشاركة في الأرباح و الخسائر، كقاعدة أساسية للنمط المصرفي الجديد الذي دعت إليه وجاءت لتكريسه في الواقع، ولكن سرعان ما وجدته غير قادر على تلبية كل متطلبات الحياة الإقتصادية من الأموال ولا يحقق لها المردودية التي كانت تتوقعها فضلا عن المشاكل التي عاقت استعماله بفعالية، فشرعت تبحث عن مبادئ أخرى، تتجاوز بها كل الثغرات فلجأت إلى مبدأ سهل في التطبيق وهو مبدأ التمويل بالهامش الربحي وتكريسا له استعملت أنواع من البيع وبالأساس بيع المرابحة و بيع السلم.

إذن التساؤل الذي يثور في هذا المقام ما هو مفهوم بيعي المرابحة والسلم؟ وهل لهذين العقدين خصوصيات تميزهما عن القواعد العامة في عقد البيع؟.

محاولة منا للإجابة على هذا التساؤل نتطرق للعقدين بالدراسة والتحليل فيما يلي:

1- بيع المرابحة

وسنحاول توضيح تعريف بيع المرابحة من الناحية اللغوية و الإصطلاحية، وكذا صوره ونركز على الصورة الأكثر استعمالا في نشاطات التمويل في البنوك الإسلامية.

أ- تعريف المرابحة

أ-1- لغة: مصدره من الربح وهو الزيادة.

أ-2-اصطلاحا: هي البيع بالثمن الذي اشتريت به السلعة مع ربح معلوم، وهي أحد بيوع الأمانة وتقوم أساسا على كشف البائع الثمن الذي قامت عليه السلعة.

وصور المرابحة كما ذكر المالكية: "هي أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحا إما على الجملة مثل أن يقول: اشتريتها بعشرة و تربحني دينارا أو دينارين."

وإما على التفصيل وهو أن يقول: تربحني درهما لكل دينار أو نحوه، أي إما بمقدار مقطوع محدد وإما بنسبة عشرية.[1]

وهناك من عرف المرابحة على أساس أنها بيع الأمانة المعروف في الشريعة الإسلامية والذي يختلف عن بيوع المساومة في أنه في بيع الأمانة يتم الاتفاق فيه بين البائع والمشتري على ثمن السلعة أخذا في الإعتبار ثمنها الأصلي الذي اشتراها به البائع.

كما أن هناك من عرفها بأنها "البيع بمثل رأس مال المبيع الذي يشمل ثمن السلعة وما تكبد فيها من مصروفات مع زيادة ربح معلوم."[2]

ويضيف بعض الفقهاء أنه يجب تحديد نسبة الأرباح عند توقيع العقد.[3]

من ذلك نستخلص أنه يقع على عاتق البائع التزام رئيسي بإعلام المشتري بثمن المبيع التي اشتراه بها ويفصح له عن مقدار الربح الذي يريده وهذا ما نجده مخالفا للقواعد العامة في العقود حيث أنه في عقد البيع لايلتزم البائع بالإفصاح عن الثمن الحقيقي الذي اشترى به السلع بل يضع مباشرة السعر أو الثمن والمتضمن الثمن الأصلي المشترى به ويضيف له الربح المراد تحقيقه، وهذا ما يظهر لنا خصوصية عقد المرابحة وفي أنه يحقق ما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحاء من صدق في المعاملات والصراحة منذ بداية التصرفات حتى لا يكون المشتري ضحية استغلال أو غش.

ب- أنواع المرابحة:

البيع بالمرابحة ينقسم إلى نوعين أساسين هما:

ب-1-المرابحة البسيطة:

وهي تلك المعرفة في المعنى الاصطلاحي عند الشافعية على أنها: "بيع برأسمال وربح معلوم." [4] أو هي أن يخبر برأسماله ثم يبيع به ويربح.[5]

ب- 2- المرابحة المركبة (المرابحة للآمر بالشراء):

وهي طلب الفرد أو المشتري من شخص آخر أن يشتري سلعة معينة بمواصفات محددة وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مرابحة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعا لإمكانياته وقدرته المالية.

1- أبو عبد الباسط مسرور فارس، نفس المرجع السابق، ص115.

2 - بيع المرابحة مستقى من الموقع:http://www.moamalat al-islam.com يوم 2004/10/29.

3- Mohamed Boudjellal : le systéme bancaire islamique ; l'institut international de la pensée islamique ; 1998 ; p4.

4 - Instrument du banking islamique (mourabaha) : article publié au site web suivant : http://www.albaraka-bank.com , le 4/3/2005 à 2h00,p1.

5- أبو عبد الباسط، المرجع أعلاه،ص116.

وتعرف أيضا أنها:" اتفاق بين الطرفين يتضمن تعهدا من كل منهما للآخر، وتعهدهما معلق على حصول أمر في المستقبل، وهو بالنسبة للآمر بالشراء، تملك البائع للسلعة إذا جاءت كطلبه، أما من الناحية الشرعية فإن بيع المرابحة للآمر بالشراء و المرابحة البسيطة جائزان عند العلماء المعاصرين لكن تحت ضوابط وشروط.[1]

ومنه فالمرابحة المطبقة اليوم في المصارف الإسلامية هي "بيع المرابحة للآمر بالشراء" أو "الواعد بالشراء" وهي من العمليات الشائعة الاستعمال ،التي تشبه البيع بالتقسيط[2] ومفادها أن يتقدم الراغب في شراء سلعة إلى المصرف لأنه لا يملك المال الكافي لسداد ثمنها نقدا ، ولأن البائع لا يبيعها له إلى الأجل إما لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة لعدم مزاولته للبيوع المؤجلة أولعدم معرفته بالمشتري أو لحاجته إلى المال النقدي فيشتريها المصرف بثمن نقدي ويبيعها إلى عميله بثمن مؤجل أعلى، ويتم ذلك على مرحلتين:

مرحلة المواعدة على المرابحة ثم مرحلة إبرام المرابحة وهذه المواعدة ملزمة للطرفين (المصرف، العميل) في بعض المصارف الإسلامية، وغير ملزمة للعميل في بعض المصارف الأخرى فإذا اشترى المصرف السلعة كان العميل بالخيار إن شاء اشترى وإن شاء ترك.

ويفهم من هذا أن المصرف لا يلتزم بشراء السلعة ولكنه إذا اشتراها التزم ببيعها إلى العميل إذا اختار العميل شراءها ولكن المصرف يحرص على شراء السلعة حفاظا على سمعته.

ويبدو أن بعض المصارف الإسلامية تفضل أن تكون السلعة موضوع المرابحة من السلع المعمرة كي لا تنتقل ملكيتها إلى العميل إلا بعد سداد الأقساط جميعا وهذا على الطريقة المعروفة في القوانين الوضعية(الإجارة الساترة للبيع ، والآيلة للبيع) والتي سميت في المصارف الإسلامية بالإيجار المنتهي بالتمليك، وفي بعض المصارف جرى التعبير عن هذا بأن البضاعة ومستنداتها ترهن رهنا تأمينيا لصالح المصرف إلى حين استيفائه كامل الثمن، ويكون للمصرف حق امتياز البائع،وله أن يطلب فوقها رهونات أوضمانات إضافية، كما تفضل هذه المصارف أحيانا التعامل بالسلع المستوردة لأنها سلع منمطة، ومواصفاتها محددة،ودرجة المخاطرة فيها درجة منخفضة ونسبة تحكم المصرف في تدفقها أعلى وتصريفها أسهل إذا ما قورنت بالسلع المحلية.[3]

ولقد تبنى المشرع الألماني المرابحة في المادة 307 من القانون المدني الألماني وأخضعها لأحكام وشروط العقود النموذجية هذا عكس المشرع الجزائري.[4]

1- أبو عبد الباسط مسرور، نفس المرجع السابق،ص117.
2- رفيق يونس المصري: بيع التقسيط، الدار الشامية،بيروت، الطبعة الثانية، 1998 ،ص130.

3- رفيق يونس المصري: بيع المرابحة للآمر بالشراء، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 1996، ص13-17.

4- Kilian balz : Islamic banking in Europe-the regulatory France work in Germany, article published in the folowing site web: http:// www .kantakji.org ,in 26/1/2005 at 3 o'clock
.

2- عقد التمويل بالسلم

يعتبر السلم أحد عقود البيوع الإسلامية ، وبالتالي فقد تناوله الفقهاء بالبحث و الدراسة مثله مثل كل العقود السالفة التي قمنا بدراستها لذلك سنتناول تحديد مفهومه.

أ- تعريف عقد السلم:

نتناول تعريفه من جانبين التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي

أ-1- التعريف الفقهي:

ولإيضاح ذلك لا بد من الرجوع لتعريف السلم لغة واصطلاحا.

أ-1-1- لغة: السلم لغة السلف فأسلم أو أسلف بمعنى واحد، والسلم لغة أهل الحجاز و السلف لغة أهل العراق والسلم يسمى سلما لتسليم رأس المال في مجلس العقد ويسمى سلفا لتقديم رأس المال في المجلس.[1]

أ-1-2- اصطلاحا: هو عقد على موصوف في الذمة،مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع وبلفظ السلم و السلف ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع .

وعرفه المالكية بأنه: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين أو هو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر الثمن لأجل.

كما عرفه الحنفية بأنه بيع آجل -وهو المسلم فيه- بعاجل وهو رأس المال، وقبل شراء آجل بآجل.[2]

ومنه فالسلم عقد بيع له خصوصية يتميز بها عن سائر أنواع البيوع بأن الثمن يدفع فيه مقدما(عند التفاوض) ومن هنا سمي السلم أيضا سلفا، ويتأخر فيه قبض المشتري للمبيع إلى أجل يحدد في العقد ولا يصح إلا في أموال مخصوصة [3].

ويشترط في المسلم فيه أن يكون موصوفا في الذمة ولا يصح إن كان عينا معينة ويسمى السلم سلما لأن الثمن يسلم فيه مقدما.

1- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، (دون طبعة) 2001، ص675.

2- أبو عبد الباسط، المرجع السابق، ص126.

3- Luca Errico and Mitra Farahbaksh : Islamic banking ; article publish in the folowing site web : www.imf.org in 2/3/2005 at 4 O' clock ; p8.

والتعبير الدارج عند الفقهاء عن إجراء مثل هذا العقد نحو أن يقال: أسلم زيد من الناس ألف دينار إلى علي في خمسة أطنان من الأرز، ويسمى المشتري وهو في المثال المتقدم زيد : المسلم أو المسلف أو رب السلم، ويسمى البائع وهو في المثال علي المسلم إليه أو المسلف إليه ويسمى الثمن المقدم وهو في المثال" الألف دينار" رأسمال السلم ، ويسمى المبيع وهو في المثال: "الأرز" المسلم فيه أو دين السلم.[1]

وقد اتفق الفقهاء على صحة الإيجاب بلفظ السلم أو السلف وكل ما اشتق منهما كأسلفتك أو أسلمتك وأعطيتك كذا سلما أو سلفا في كذا لأنهما لفظان بمعنى واحد، وكلاهما إسم لهذا العقد.[2]

2- التعريف القانوني:

لقد أورد تقنين الموجبات والعقود اللبناني نصوصا خاصة ببيع السلم تخطى فيها القيود التي أسلفنا ذكرها في الفقه الإسلامي إلا قيد تعجيل الثمن فإنه استبقاه وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للبينة والقرائن.

حيث عرفت المادة 487 من قانون الموجبات والعقود اللبناني:"بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغا معينا من النقود فيلتزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة."[3]
أما بالنسبة للقانون المدني المصري لم يرد نص خاص ببيع السلم ويعلق السنهوري في شأن ذلك ويقول:" وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز مادام محتمل الوجود فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلة وبيع المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والمزروعات وغير ذلك حتى ولو لم توجد في الحال مادامت توجد في المستقبل.
والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة، فلا يشترط فيه قبض الثمن في مجلس العقد كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي."[4]

1- محمد سليمان الأشقر: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة. دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص183
2- نزيه حماد:عقد السلم في الشريعة الإسلامية، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى،1993،ص21.
3-عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(البيع والمقايضة) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة ، الجزء الرابع 1998،ص224.
4- المرجع أعلاه، ص223.

ب– التمييز بين بيع المرابحة وبيع السلم

من خلال دراستنا لعقدي المرابحة والسلم فرغم أنهما يتشابهان في أمور كثيرة إلا أن الفرق البارز بينهما هو أنه في بيع المرابحة لا يسلم الثمن، وإنما يوعد العميل بالشراء، أما في السلم فإنه يسلمه الثمن كاملا ابتداءا.[1]

وهذا ما أكد عليه القرار رقم 89/2/9د بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة والصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة في أفريل 1995 حيث قرر في الفقرة " ج" منه:

" ج- الأصل تعجيل قبض رأسمال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط، على أن لا تكون مدة التأخير مساوية، أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم."[2]

ثالثا- فرضية عقد الإستصناع كحالة خاصة لعقد البيع:

لقد تضاربت الآراء الفقهية حول مدى اعتبار عقد الإستصناع من عقود البيع لعدة آراء لكن قبل التعرض لها سنحاول التطرق لتعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية وذلك فيما يلي:

1- تعريف الإستصناع:

سنتناول تعريفه من الناحية اللغوية ثم الإصطلاحية كما يلي:

أ- لغة: الإستصناع ، لغة طلب صناعة الشيء والإستصناع مثله، ومنه حديث ابن عمر أن النبي- صلى الله عليه وسلم-: " اصطنع خاتما من ذهب كان يجعل فصه في باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس ثم رمى به."

قال في لسان العرب: اصطنع خاتما أي أمر أن يصنع له.

والصناعة حرفة الصانع وعمله: الصنعة والصنع وهي عمل ما يحتاج إلى دقة وحذق ومهارة ومن هنا قالوا: رجل صناع اليد وصنيع اليد إذا كان حاذقا ماهرا فيما يصنعه بيده قال حميد بن ثور:

أطافت به النسوان بين صنيعة وبين التي جاءت لكيما تعلما.[3]

1-مسعود عبد المجيد، المرجع السابق، ص82.

2- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، الجزء السابع ، الطبعة الرابعة، 1997، ص5245.

3- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص121.

ب -اصطلاحا: هو شراء ما يصنع وفقا للطلب،وهو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة،أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين والعمل من الصانع.
وصورته أن يتفق شخصان على صنع أحذية أو آنية أو مفروشات ونحوها، فهو لايكون إلا فيما يتعامل فيه الناس.

و عرفه البعض الآخر:" الإستصناع **عقد بيع** بين الصانع والمستصنع على سلعة موصوفة في الذمة تدخل فيها الصنعة مقابل ثمن يدفع مقدما أو مؤجلا على دفعة واحدة أو على دفعات حسبما يتفقان عليه..."1 وهناك من يورد نفس التعريف لكن يضيف أنه وجد أساسا للتمويل العقاري.2

رابعا :عقد التمويل بالقرض

رغم أن البنوك الإسلامية جاءت بوسائل بديلة تغنيها عن التعامل بالقروض التي تدور حولها شبهة التعامل بالفائدة إلا أننا نجد أن الأصل في البنوك الإسلامية هو عدم التعامل بها لكن الإستثناء أنها تلجأ لها في إطار ما يسمى "بعقود القروض الحسنة" والتي تجريها في ظروف خاصة نبينها لاحقا وقبل ذلك نتعرض لتعريف عقد القرض عموما من الناحيتين اللغوية والإصطلاحية وهذا فيما يلي:

1- تعريف القرض

نعرف القرض من الناحية اللغوية والإصطلاحية كما يلي:
أ- لغة: القطع.
ب- اصطلاحا: هو قطع جزء من المال بالإعطاء على أن يرد بعينه أو يرد مثله بدلا منه، وهوتمليك الشيء على أن يرد مثله.
فالقرض يتمثل إذن في تقديم شيء مثلي لشخص لينتفع به ويلتزم بارجاع مثله في أجل معين.[3]
أما عقد القرض عبارة عن دفع مال مثلي لآخر ليرد بدله، الغرض منه أصالة معونة المقترض وتفريج كربته بمنحه منافع المال المقرض مجانا مدة من الزمن، ولا يجوز أن يكون سبيلا للإسترباح وتنمية رأس مال المقرض،4 فضلا عن أن كل زيادة عليه تأخذ حكم الربا.5

1- المصرفية الإسلامية ، مقال منشور على العنوان الإلكتروني:http:// www.baj.com يوم 2005/1/9 على الساعة 2 مساءا.
2-الشيخ علاء الدين زعتري: التجربة الإسلامية في المعاملات المصرفية، مقال منشور عبر العنوان الإلكتروني: http:// www.alzatari.org يوم 2005/1/12 على الساعة 3 مساءا.
3- عائشة الشرقاوي، المرجع السابق، ص525.
4- القروض في البنوك الإسلامية مقال منشور على العنوان الإلكتروني http://moamalat.al-islam.com. يوم 05/1/8على الساعة 10 صباحا.
5- Jean François Rycx : Islam et dérégulation Financière : Banques et sociétés islamiques d'investissement : le cas Egyptien , maison galaxie d'édition et d'impression, p101
.

2- تعامل البنوك الإسلامية بالقروض

يعتري تعامل البنوك الإسلامية بالقروض أصل عام وإستثناء وهذا ما سنحاول التعرض إليه في ما يلي:

أولا:الأصل العام(حضر التعامل بالقروض)

إن مشروعات التنمية في حاجة إلى أموال يعجز عن تحملها فردأوعدة أفراد لذلك تساهم البنوك في إقراض الأموال للغير، نظير عمولات معينة ومحددة، والحصول على ضمانات لسداد القرض عند حلول الأجل ، والبنوك التي تقوم بالإقراض لا توافق على الإقراض إلا بعد أن تتخذ كافة الوسائل التي تضمن لها حقوقها في موعد استحقاقها وكقاعدة عامة ضمانات القروض البنكية هي ذاتها التي يتخذها كل دائن إزاء مدينه.

وبإيجاز فإن القروض من البنوك الإسلامية لها طابع متميز يتفق مع طبيعة العقود الإسلامية فالقرض قد يكون بناءا على عقد مضاربة أو مشاركة أو متولد عن عقد مرابحة وكل هذه العقود تسير في إطار التشريع الإسلامي.[1]

و نظرا أن غالبية البنوك الإسلامية لا تستخدم القرض الحسن (دون فوائد) وهذا ما يظهر من خلال تقاريرها السنوية، لهذا ارتأينا عدم التوسع في دراستها.

ثانيا:الإستثناء القرض الحسن كأداة لعمليات التمويل الإسلامية

إن القرض الحسن في الإطار الإسلامي ليس وسيلة عادية للتمويل ولكنه وسيلة استثنائية [2] والمقصود به القرض الذي يرد إلى المقرض عند نهاية المدة المتفق عليها دون أن تدفع عنه فوائد ودون أن يكون للقرض الحق في المشاركة في أرباح أو خسائر التجارة التي انتشرت فيها قيمة القرض، ويخصص القرض الحسن لتفريج كرب الأفراد ولتمويل الأعمال الصغيرة ولا يتوقع من البنك الإسلامي التوسع في هذا النوع من القروض ذلك أن أموال البنك هي في معظمها أموال المودعين الذين يهدفون من إستثمارها الحصول على عائد ملائم ويشير البعض إلى أنه وإن كان لا يجوز للمقرض اشتراط شيء يجر نفعا عليه، فإنه يجوز للمقترض أن يرد للمقرض أكثر مما اقترض منه، ذلك عن رغبة شخصية وطيب خاطر، على أساس أنه نوع من حسن القضاء الذي يدعوإليه الإسلام.

ومن بين المصادر التي يمكن أن تمول منها القروض الحسنة زكاة أموال البنوك الإسلامية المستحقة على أموال المساهمين، ومن يوكله من المودعين والمتعاملين معه.

ويجوز للبنك الإسلامي فرض رسم خدمة وهو يمثل نصيب البنك في التكاليف التي

1- أبو زيد علي المتيت: ضمانات القروض في البنوك الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية' العدد 50، أكتوبر 1982، ص 3-4.

2- درويش صديق: تطبيق القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية على الأعمال المصرفية، الطبعة الأولى، 1998، ص26.

يتكبدها في خدمة تلك الحسابات[1] الناشئة عن القروض الحسنة هذا على المستوى الداخلي أما قواعد منح القروض الحسنة على المستوى الدولي فهي كذلك تخضع لرسم الخدمة، حيث لوحظ أن البنك الإسلامي للتنمية مثلا يتمتع بصلاحية تقاضي رسم خدمة لتغطية مصروفاته الإدارية، ويحدد مقدار هذا الرسم وطريقة تحصيله.[2]
ومنه فالقروض الحسنة في الإطار الإسلامي ليست وسيلة عادية للتمويل ولكنها وسيلة استثنائية تقوم على نوعين من المتمولين:

- الذين يحتاجون إلى المساعدة بسبب فقرهم.
- للتمويل الطارئ القصير الأجل جدا لرجال الأعمال الذين يتعاملون مع البنك بوصفهم من زبائنه الدائمين والذين يصعب عليهم اللجوء لأسباب التمويل الأخرى.

والمصرف لا يتلقى عائدا مباشرا على هذه القروض الحسنة ولكنه يستفيد منها اكتساب ولاء عملائه الذين يأملون أنهم يستطيعون الحصول على مثل هذه التسهيلات الإئتمانية الإستثنائية في الأحوال المفاجئة.[3]

وهناك من اعتبر أن النظام الإقتصادي الدولي قد تنبه في القرن العشرين إلى ضرورة تقديم قروض بدون فوائد في بعض الحالات الإستثنائية بحسب الإعتبارات السياسية والإقتصادية في الدول المقترضة،وقد بدأ هذا الإتجاه في الظهور منذ الثلاثينيات من هذا القرن مع اللورد كينز وزير المالية البريطاني الذي رأى أن التنمية الإقتصادية تصل إلى ذروتها مع انخفاض معدل الفائدة واتجاهه نحو الصفر.[4]

ومنه نستنتج أن الشريعة الإسلامية بمبادئها كانت دوما السباقة في استنتاج النتائج المستقبلية من جراء التعامل بالأشياء المحرمة وهذا الذي اكتشفه الغرب مؤخرا.

1- منير إبراهيم هندي: شبهة الربا في معاملات البنوك التقليدية والإسلامية ، توزيع دار النهضة العربية، دون طبعة، 2000، ص63.
2- حسين عمر: اقتصاديات البنوك الإسلامية، دارا لكتاب الحديث،مدينة نصر القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص74.
3 – درويش صديق، المرجع السابق، ص26-27.
4- علاء الدين زعتري: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، دار الكلام الطيب، دمشق، الطبعة الأولى 2002،ص305.

لذا فالأصل هو تفادي البنوك الإسلامية التعامل به، لذلك فقد وجدت لنفسها بديلا إسلاميا للقروض الإستثمارية وهو المتمثل في عقد المضاربة، المشاركة، المرابحة للآمر بالشراء،...[1]

ونرى أن موقف البنوك الإسلامية فيما يتعلق بالتعامل بالقروض موقف في محله ومرد ذلك كلما ابتعدت البنوك عن التعامل بالقروض كلما تراجعت فكرة أو شبهة تعاملها بالفوائد الذي يعد الهدف الأساسي و الجوهري من وراء إنشائها في الأصل.
ونظرا لعزوف البنوك الإسلامية عن التعامل بالقروض فضلنا عدم التوسع في دراستها.

نستنتج مما سبق أنه لا يوجد تعريف لعقد التمويل عموما وعقد التمويل المتعلق بالملكية خصوصا، ومنه فهو عقد موجود واقعيا وغائب من الناحية القانونية.

1- شوقي عبده الساهي: البديل الإسلامي للقرض بفائدة، مجلة البنوك الإسلامية، العدد45، ديسمبر 1985، ص39.

الفرع الثاني: الإستعمال المصرفي لعقد التمويل المتعلق بالملكية

بعدما قمنا بدراسة وجيزة للجانب النظري لعقد التمويل المتعلق بالملكية فهذه الدراسة لن تكون كاملة دون ربطها بالواقع العملي لهذا العقد في المصارف الإسلامية، هذا ما يؤدينا إلى التطرق لإستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية **(أولا)** ثم التطرق لإستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في بنك البركة الجزائري (**ثانيا**).

أولا- استعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية

قبل الخوض في استعماله في المصارف الإسلامية لا بد من الإطلالة على ظهور المصارف الإسلامية عامة في فقرة أولى ثم نتناول تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية الدولية والداخلية في فقرة ثانية.

1- ظهور المصارف الإسلامية

يرى البعض أنه كان أول ظهور المصارف الإسلامية في البندقية في القرن 16م، أما بالنسبة للدول العربية فقد عرفت مصر أول بنك إسلامي في العصر الحديث مع بداية الستينات في شكل بنوك إدخارمحلية مقتبسة من بنوك الإدخار الألمانية ، وبذلك تعتبر أول من وضع الأرضية العملية للبنوك التي جاءت بعدها.

ولقد احتاج إنشاء بنوك الإدخار المحلية في مصر إلى سنتين من المشاورات والمفاوضات من أجل إقناع السلطات بفكرتها، وحصلت الموافقة فعلا على مشروعيتها ضمن شروط ومواصفات معينة منها إختيار المنطقة التي ستعرف أول تجربة عملية لها، وطريقة طرح هذا النوع من البنوك على الناس وتحديد المؤشرات التي ستعمل بها وكيفية تسييرها، ومبدأ المشاركة في الأرباح وتنوع العمليات التي تقوم بها.

حيث تعود الفكرة أصلا إلى أحد رواد الفكر الإقتصادي الإسلامي وهو الدكتورأحمد النجار الذي ارتبطت فكرة البنك الإسلامي عنده ببنوك الإدخار المحلية الألمانية التي يعود تاريخها إلى القرن19 وكان هدفها جمع الإدخار المحلي واستغلاله في مشروعات تعود بالنفع على المجتمع، فقد واجهت ألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية، انهيارها الإقتصادي بعملية تعبئة للإدخار على مستوىالأقاليم بواسطة بنوك أقيمت لهذا الغرض، وتأثر الدكتور أحمد النجار، عندما كان يدرس هناك بالنجاح الذي حققته هذه البنوك، والآثار الإيجابية التي كان لها على الإقتصاد، واستخلص من أنظمتها ووسائلها في العمل،امكانية[1]

1- عائشة الشرقاوي، المرجع السابق، ص64،63.

إقامة بنوك مشابهة، ولكن تعتمد على المبادئ الإسلامية أي تتعامل بدون فوائد، إذ لم يكن من المعقول في رأيه نقل التجربة الألمانية بنظام الفوائد إلى مصر، لأنه كان يريد إيجاد هياكل جديدة تدعم جهازها البنكي التقليدي ولكن تختلف عنه، ورغم الصعوبات التي تلقاها أحمد النجار إلا أنه توصل إلى افتتاح أول بنك للادخار المحلي سنة 1963 وبعده جاءت فترة الإنتشار والتوسع.

وأهم ما يلفت الإنتباه في هذه الفترة من حياة بنوك الإدخار المحلية هوا لتجاوب الكبير للجمهور معها سواء منهم المودعين أو المستثمرين بعدما ظهرت لهم نتائجها الإيجابية، والمردودية التي توصلت إليها دون الإعتماد على الفوائد الثابتة.
نظرا للنتائج الحسنة لبنوك الإدخار سنة1966 رغبت جل أقاليم الدولة المصرية إنشاء بنوك إدخار محلية بها وكذا اهتمام السلطات الرسمية بهذه البنوك.

فنظرا للمطالبة بصدور قوانين تؤكد مبدأ المحلية (استقلالية بنوك الإدخار على السلطة المركزية) وتحافظ عليه فقد أثارت هذه المسألة تطاحنا بين الجهات المسؤولة مما أدى في شهر ماي 1967إلى القضاء نهائيا على هذه البنوك حيث صرعت المركزية مبدأ المحلية وأسندت إدارة هذه البنوك إلى جهاز مركزي الذي أدمجها في البنوك التجارية.
ولقد تمت مطالبة الجهاز المركزي هذا بالمبررات التي أدت إلى إنهاء حياة هذه البنوك فأجاب المسئولون عنه بأنهم ليسوا ضد فكرة هذا النوع من البنوك التي تعمل بدون فوائد إنما يرفضون فيها أمورا أخرى وهي:
" _ التكلفة المرتفعة.
_ أن قيام بنوك الادخار بالإستثمارمباشرة أو بالمشاركة أمر غريب على العرف المصرفي وفيه تعريض أموال المستثمرين للخطر.
_ أن الأسلوب الإداري في العملية لم يكن سليما."**1**

وبعد ذلك، عرفت البنوك الإسلامية انتشارا واسعا شمل دول عربية وغربية منها (سويسرا، الدانمارك، بريطانيا، الهند، أمريكا، ايران، باكستان،...) فرغم أن معتقدات هذه الدول تسمح بنظرة الفوائد الربوية، إلا أنها اعتمت البنوك الإسلامية نظرا لخلوها من الأعمال الربوية، هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن أحكام الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

1- نفس المرجع السابق ،ص 66.

2- تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية الدولية والداخلية:

نظرا لما لاقاه عقد التمويل المتعلق بالملكية من رواج كبير على الساحة المصرفية الداخلية وما حققه من أرباح ، سعت الدول العربية وغير العربية ،الإسلامية وغير الإسلامية لإبرام اتفاقات دولية تتمحور حول عقود التمويل محل الدراسة فأخذت بذلك طابعا دوليا، لهذا الغرض إرتأينا التطرق لواقع إستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في ظل المصارف الدولية **(أولا)** ثم ندرس استعماله على مستوى المحلي **(ثانيا)**.

2-1- تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في ظل المصارف الإسلامية الدولية

لما كانت المبادئ الإسلامية لا تسمح للبنك القيام بعمليات الإقراض بفائدة نظرا لأن الإسلام يحظر التعامل بالربا، وفي ضوء ماتقدم سعى القائمون على إعداد إتفاقية البنك على ابتداع أنواع جديدة من البدائل لتؤدي الأهداف التي قام البنك الإسلامي للتنمية من أجل تحقيقها، وتكمن هذه الأخيرة في:

أ- المشاركة في رأس مال المشروعات المنتجة

لها نفس مفهوم المشاركة التي سبق التطرق إليها من خلال الفصل الأول أما المزايا التي يحققها هذا النوع من الإستثمار في الإطار الدولي فيكمن في أن مثل هذه المشاركة إنما تدفع البنك بما لديه من من أجهزة فنية متنوعة إلى دراسة المشروعات التي يرغب في المساهمة فيها،دراسة متأنية من جميع جوانبها الإقتصادية والمالية والإجتماعية والتأكد من مصداقيتها وقدرتها على العمل بطريقة رشيدة فضلا عن فائدتها للدولة التي توجد فيها.

كما يؤدي العمل بنظام المشاركة إلى تنشيط عمليات التنمية في العالم الإسلامي بدرجة أكبر من الحالة التي يتم فيها اللجوء إلى القروض بفائدة، كما يتيح هذا النوع من التمويل للبنك مراعاة الظروف الإجتماعية في الدول الإسلامية.[1]

فضلا عن أن عمليات المشاركة هي من أهم العمليات التي يهتم بها البنك الإسلامي للتنمية[2].

ب- القروض دون فوائد:

يهتم البنك الإسلامي للتنمية بتقديم قروض للدول الأعضاء وكذا للمشروعات القائمة

1- هشام خالد ، المرجع السابق،ص23،18.

2- Hamid Algabid: Les banques islamiques, 1 ère édition, Paris, 1990, p128.

في هذه الدول وأهم مشروعات التنمية فيها مايتصل بتنمية القطاع الزراعي مثل مشروعات شق قنوات الري والإستفادة من الملكية الصغيرة من الأراضي الزراعية وإمداد القرى بالمياه النقية، يقدم البنك القروض في الوقت الحاضر في حدود مبلغ لا يتجاوز 7 ملايين دينار إسلامي للمشروع الواحد، وهي قروض بدون فوائد ويحصل البنك على رسم الخدمة لتغطية النفقات الإدارية الخاصة بإجراءات ومتابعة دراسة المشروع، ويتم الوفاء بمبلغ القرض على أقساط نصف سنوية ولفترة تتراوح بين 15و25 سنة مع فترة سماح تتراوح بين 3و5 سنوات ويعتمد تحديد الفترة على وضع الدولة العضو ونوعية المشروع.

ج- البيع بأجل:

يعتبر البيع بأجل نوعا من أنواع التمويل متوسط الأجل وقد بدأ العمل به في البنك منذ عام 1985 ويمول البنك شراء السلع الإنتاجية بنوعيها المصنعة محليا والمستوردة من الخارج وفي ظروف خاصة يمول البنك الخدمات التي يحتاجها المشروع.

2-2- تطبيقه على مستوى المصارف الإسلامية المحلية

لقد لاقى عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره انتشارا واسعا داخل المصارف الإسلامية لدول عربية إسلامية كمصر، السودان، قطر،البحرين، السعودية، الإمارات العربية المتحدة،... ودول إسلامية غير عربية كباكستان، أفغانستان،... وذلك بما يتميز به من مرونة وبساطة للتصرفات القانونية الواردة عليه مقارنة بعقد التمويل بالإعتماد الإيجاري الذي يمتاز بأنه عقد مركب ومعقد[1] فضلا عن أنه يضم عدة أطراف(الممول (المصرف الإسلامي)، المورد ، شركة الإعتماد الإيجاري،...)، فعلى سبيل المثال فإن بنك فيصل الإسلامي المصري يمول القطاع العقاري بالمشاركة سواء كان الطرف الآخر شخصا طبيعيا أو معنويا إضافة لبنك فيصل الإسلامي السوداني الذي يعتمد كثيرا على التمويل بالمشاركة الثابتة أو المتناقصة في قطاعات متعددة كالفلاحة والصناعة والتصدير بشروط تختلف حسب كل قطاع ، كما أن بنك التضامن الإسلامي السوداني يعمل بالمشاركة كأداة لتمويل إطار الإستثمارات إلى جانب المرابحات والمضاربات...[2]

1- Alain Choinel et Gérard Royer : La banque et l'entreprise ; techniques actuelles de financement ; l'inprimerie édmoud Dauer 1989 ; p118.

2- عائشة المالقي ، المرجع السابق، ص389،387.

ثانيا-إستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في بنك البركة الجزائري

بعد تناولنا إستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية عامة، نتطرق لإستعماله على مستوى بنك البركة الجزائري، من أجل ذلك ارتأينا التعرض لظهور مصرف البركة الإسلامي في الجزائر في فقرة أولى، ثم التعرض لتطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية على مستوى بنك البركة في فقرة ثانية.

1- ظهور مصرف البركة الإسلامي في الجزائر

لقد تم تأسيس بنك البركة الجزائري في 6 ديسمبر 1990عدة أشهر فقط بعد صدور قانون النقد والقرض رقم 90-11 وهذا البنك هو عبارة عن مؤسسة مختلطة جزائرية سعودية ويمثل الجانب الجزائري بنك الفلاحة والتنمية الريفية ويمثل الجانب السعودي بنك البركة الدولي
والذي مقره في جدة وقد تم توزيع حصص رأس المال بشكل يعطي للجانب الجزائري أغلبية بواقع 51% فيما تعود ملكية 49 % من رأس المال للجانب السعودي.[1]

ويعتبر بنك البركة الجزائري أول بنك إسلامي في الجزائر بحيث يلتزم البنك في جميع تعاملاته ونشاطاته بأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما توضحه أحكام المادة السادسة من القانون الأساسي لبنك البركة والتي تنص: " **يلتزم البنك في جميع تعاملاته ونشاطاته بأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يتعلق باجتناب الربا في الأخذ والعطاء التزاما مطلقا في جميع الأحوال والأعمال وتكون الأنظمة واللوائح والتعليمات الصادرة خلافا لموجبات هذا الإلتزام غير نافذة في حق البنك له أو عليه**".[2]
ومنه تأسس البنك في شكل شركة مساهمة بتاريخ 20 ماي 1991 في إطار قانون النقد والقرض رقم 90 -10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 ومدة هذه الشركة هي 99 سنة.

أ _ رأسماله

يبلغ رأسماله خمسمائة مليون دينارجزائري موزعة على خمسمائة ألف سهما قيمة كل سهم ألف دينار جزائري وتكون الأسهم غير قابلة للتجزئة.
يكون الإكتتاب برأسمال البنك حيث توزع 50% للبنك الفلاحي للتنمية الريفية الجزائري ولشركة دلة البركة القابضة البحرين.

1- الطاهر لطرش: تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 2001، ص203. .
2- القانون الأساسي لبنك البركة الجزا ئري المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 .

ب_ أهدافه

يهدف البنك لتغطية الإحتياجات الاقتصادية في ميدان الخدمات المصرفية و أعمال التمويل و الإستثمار المنظمة على غير أساس الربا وتشمل تلك الغايات على وجه الخصوص:

_ تحقيق ربح حلال من خلال استقطاب الموارد وتشغيلها بالطرق الإسلامية الصحيحة وبأفضل العوائد بما يتفق مع ظروف العصر ويراعي القواعد الإستثمارية السليمة.

_ تطوير وسائل اجتذاب الأموال والمدخرات وتوجيهها نحو المشاركة في الإستثمار بالأسلوب المصرفي غير الربوي.

_ توفير التمويل اللازم لسداد احتياجات القطاعات المختلفة ولا سيما تلك القطاعات البعيدة عن أماكن الإفادة من التسهيلات المصرفية التقليدية (الربوية).

ج - أعماله

إن أعمال بنك البركة الجزائري متنوعة فمنها ما هو عبارة عن خدمات مصرفية وهذا ما سندرسه في فقرة أولى ومنها ما هي خدمات اجتماعية نتناولها في فقرة ثانية أما الفقرة الأخيرة فنخصصها لأعمال التمويل و الإستثمار وهي محور دراستنا.

ج - 1 - الخدمات المصرفية

يمارس البنك سواء لحسابه أو لحساب غيره في داخل الجزائر وخارجه جميع أوجه النشاط المصرفي المعروفة أو المستحدثة مما يمكن للبنك أن يقوم به في نطاق التزامه المقرر ويدخل في نطاق النشاط ما يلي:

_ قبول الودائع النقدية وفتح الحسابات الجارية وحسابات الإيداع المختلفة وتأدية قيم الشيكات المسحوبة وتقاصها، وتحصيل الأوراق التجارية وتحويل الأموال في الداخل والخارج، وفتح الإعتمادات المستندية وتبليغها وإصدار الكفالات المصرفية وخطابات الضمان وكتب الإعتماد الشخصي وبطاقات الإئتمان وغير ذلك من الخدمات المصرفية.

_ التعامل بالعملات الأجنبية في البيع و الشراء على أساس السعر الحاضر دون السعر الآجل ويدخل في نطاق التعامل المسموح به حالات الإيداع المتبادل بدون فائدة للعملات المختلفة الجنس حسب الحاجة.

_ إدارة الممتلكات وغير ذلك من الموجودات القابلة للإدارة المصرفية على أساس الوكالة بالأجر.

_ القيام بدور الوصي المختار لإدارة التركات وتنفيذ الوصايا وفقا للأحكام الشرعية والقوانين الوضعية وبالتعاون مع الجهة ذات الاختصاص.

_ القيام بالدراسات الخاصة لحساب المتعاملين مع البنك وتقديم المعلومات و الاستشارات المختلفة.[1]

ج-2- الخدمات الاجتماعية

يقوم البنك بدور الوكيل الأمين في مجال تنظيم الخدمات الهادفة إلى توثيق أواصر الترابط والتراحم بين مختلف الجمعيات والأفراد وذلك عن طريق الاهتمام بالنواحي التالية:

_ تقديم القرض الحسن للغايات الإنتاجية في مختلف المجالات المساعدة على تمكين المستفيد من القرض لبدء حياته المستقلة أو تحسين مستوى دخله ومعيشته.

- إنشاء وإدارة الصناديق المخصصة لمختلف الغايات الإجتماعية المعتبرة أية أعمال أخرى مما يدخل في عموم الغايات المستهدفة.

ج-3- التمويل والإستثمار:

يقوم البنك بجميع أعمال التمويل و الإستثمار على غير أساس الربا وذلك من خلال الوسائل التالية:

- تقديم التمويل اللازم كليا أو جزئيا في مختلف الأحوال والعمليات القابلة للتصفية الذاتية ويشمل ذلك أشكال التمويل بالمضاربة والمشاركة المتناقصة وبيع المرابحة للآمر بالشراء وغير ذلك من صور مماثلة.
- توظيف الأموال التي يرغب أصحابها في استثمارها المشترك مع سائر الموارد المتاحة لدى البنك وذلك وفق نظام المضاربة المشتركة ويجوز للبنك في حالات معينة أن يقوم بالتوظيف المحدد حسب الإتفاق الخاص بذلك.

كما يمكن للبنك في مجال ممارسته لأعماله، إضافة لما ذكر أعلاه أن يقوم بكل ما يلزم من التصرفات لتحقيق غاياته ويشمل ذلك بوجه خاص ما يلي:

- إبرام العقود والإتفاقات مع الأفراد والشركات والمؤسسات المحلية والأجنبية.
- تأسيس الشركات في مختلف المجالات ولا سيما المجالات المكملة لأوجه نشاط البنك.
- تملك الأصول المنقولة وغير المنقولة وبيعها واستثمارها وتأجيرها واستئجارها بما في ذلك أعمال استصلاح الأراضي المملوكة أو المستأجرة وتنظيمها للزراعة والصناعة والسياحة والإسكان.
- إنشاء صناديق التأمين الذاتي والتأمين التعاوني لصالح البنك أو المتعاملين معه في مختلف المجالات.
- تلقي الزكاة وقبول الهبات والتبرعات والإشراف على إنفاقها في المجالات

1: المادة الثالثة، الفقرة الرابعة والخامسة من القانون الأساسي لبنك البركة.

المخصصة لها حسب الغايات المعتبرة.
- الدخول في الإتحادات المهنية المحلية والإقليمية والدولية وبخاصة الإتحادات الرامية إلى توطيد العلاقات مع البنوك الإسلامية.[1]

وتجدر الإشارة أن بنك البركة الجزائري ينشط بواسطة عدة وكالات منتشرة عبر التراب الوطني حيث يمتلك وكالات في: بئر خادم، سطيف، قسنطينة، البليدة، عميروش، غرداية، تلمسان .
وينوي البنك إنشاء وكالتين جديدتين في المستقبل في كل من بجاية وعنابة.[2]

2 - تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في بنك البركة

في إطار المهمة الأساسية المنوطة ببنك البركة الجزائري والمتمثلة في القيام بعمليات التمويل والاستثمار فإن استعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره المقررة سابقا يختلف ما بين جانبيه النظري والعملي لذا نلمس أن هناك صورا شائعة وواسعة الإستعمال من قبل البنك وهناك صور أخرى متراجع عنها وهذا ما سنتعرض إليه على التوالي:

أ- الصور الشائعة الاستعمال لعقد التمويل المتعلق بالملكية

تتمثل الصور الشائعة الإستعمال لعقد التمويل المتعلق بالملكية أو الصور المتداولة والمقصود بها تلك الصور التي لم يتلق البنك من جراء التعامل بها أية صعوبة تذكر مع الزبن ومن أبرزها نجد عقد التمويل بالمرابحة للآمر بالشراء، عقد السلم، عقد الإستصناع وكذا عقد القرض الحسن وذلك في إطار ضيق.

فالبنسبة لعقد التمويل بالمرابحة للآمر بالشراء نجد أن واقع الممارسة العملية لهذا العقد يظهر أنه أحد أهم عقود التمويل لدى بنك البركة الجزائري وهذا نظرا لسهولة تطبيق العقد عمليا من جهة، وطبيعة العقد من جهة ثانية، فعقود التمويل بالمرابحة تكون أساسا مخصصة للتمويلات قصيرة الأجل، ذلك أنها مرتبطة بالتجار تتميز بخصوصية عملياتها التي تكون محدودة من حيث الأجل[3]
وبالرجوع للتقارير السنوية لبنك البركة الجزائري وانطلاقا من سنة 1993 حتى سنة2002 نجد أن التمويلات القصيرة المدى والتي من بينها عقد المرابحة للآمر بالشراء

1- فحوى المادة الثالثة في فقرتها السابعة والثامنة من القانون الأساسي للبنك.
2- تقرير النشاط السنوي لبنك البركة سنة 2000 ، ص6، 9.
3- أبو عبد الباسط مسرور، المرجع السابق، ص121.

تحتل دائما المرتبة الأولى بنسبة وصلت في 31ديسمبر2000 إلى 69.%
وحيث أنه وعلى غرار السنوات المالية السابقة فقد سجلت "المرابحة" المساهمة الكبيرة للبنك بنسبة 54 % من مجموع التمويلات بالصندوق و84 % من مبلغ التمويلات القصيرة المدى.

فالتمويلات الممنوحة في شكل مرابحة للمؤسسات المالية كالقرض الشعبي الجزائري والخليفة بنك(سابقا) جاءت لتقوية كتلة الإلتزامات والتي وصلت إلى غاية 31 ديسمبر**2001** مبلغ معتبر قدره **5.500 دج**.[1]

أما بالنسبة لعقد التمويل بالسلم فرغم كونه من عقود البيع القصيرة المدى إلى أنه متوسط الأهمية مقارنة بعقد المرابحة ، فبالرجوع للتقارير السنوية على مستوى بنك البركة يتبين لنا أن نسبة التعامل به متذبذبة غير مستقرة فعادة تكون مرتفعة وأخرى تشهد انخفاض مثل سنة **2000** [2] ، حيث بلغ التعامل به نسبة **8%** فقط من مجموع التمويلات القصيرة المدى.[3]

أما فيما يخص عقد التمويل بالإستصناع فلم يشرع بنك البركة في اعتماد التمويل به إلا ابتداءا من سنة **1999** حيث يوضح التقرير السنوي له أنه خصص له مبلغا يقدر بأكثر من4مليون دج وكانت مخصصة لمشاريع الأشغال العمومية والترقية العقارية وهذا على المدى القصير والمتوسط علما أن التقارير تذكر أن هذا النوع من المشاريع تحمل مخاطر تمويلية صعبة وأنه يتعين على البنك حصرها والتحكم بها.

ولقد عرف التمويل بالإستصناع ارتفاعا محسوسا سنة 2000 مما يدل أن البنك أصبح يعطي هذا العقد أهمية أكبر بعد أن أهمله تماما طيلة سبع سنوات ابتداءا من سنة 1992 حيث حمى البنك نفسه من المخاطر بمجموعة من الحقوق والإلتزامات بحيث تلقي بكل تبعات العملية على عاتق العملاء وتحرر البنك من كل أشكال المخاطرة.

أما فيما يتعلق بعقد التمويل بالقرض الحسن وباعتبار أنه عقد تمويل استثنائي يخص فئة معينة من المتمولين وهم الموظفين على مستوى بنك البركة فقط فنجد أنه بلغ عدد المستخدمين المستفيدين من القروض الحسنة 70 مستخدما بمبلغ إجمالي قدر ب 31.473.600.00دج حيث بلغ مبلغ القروض الجارية في 31 ديسمبر2000، 66.439.401مليون دج، بينما شملت المساعدات المالية 44 مستخدما بمبلغ إجمالي قدره 780.000دج.

1- التقرير السنوي للسنة المالية2001 لبنك البركة الجزائري ، ص5.

2-التقرير السنوي للسنة المالية 2000 لبنك البركة ص11-12.

3- التقرير السنوي للسنة المالية 2002 لبنك البركة الجزائري، ص4.

وعموما فقد عرف نشاطات التمويلات ومراقبة الإلتزامات لدى بنك البركة الجزائري تطورا خلال السنة المالية 2002 بصورة ملاحظة، فقد كان مركزا ومتعدد الأوجه، فقد شارك البنك في تمويل بعض المشاريع كمطاحن الفرينة، ومصانع انتاج الزيوت ووحدات إنتاج مواد البناء ومصانع الآجر بالإضافة إلى المواصلات البريدية، وكذا تمويل الخواص والمهن الحرة بالسيارات السياحية،...

ب- الصور المتراجع عنها

منذ ظهور بنك البركة الجزائري وهو يتعامل بمختلف صور عقد التمويل المتعلقة بالملكية لكن أثبتت ممارسته لعمليات تمويل المشاريع الإستثمارية عن طريق عقدي المضاربة والمشاركة خصوصا صعوبات في مجالات شتى أدت به في نهاية المطاف إلى هجرها والتراجع عن التعامل بها لذلك ارتأينا تبيان ولو بايجاز أهم أسباب التراجع عن التعامل بهما كالتالي:

فبالنسبة لعقد المضاربة:
رغم أن الفقه الإسلامي اعتبره مهما وذلك لأنه وصفه بالبديل الإسلامي للقروض الإستثمارية وأفرده بنظام خاص أسماه عقد المضاربة.[1]
لكن الواقع العملي أظهر عكس ذلك، حيث هجر تماما وذلك لعدة أسباب ومعوقات نذكر من جملتها ما يلي:

أ- أسباب خاصة بالعملاء والمستثمرين:

حيث يصعب على البنك القيام بدراسة نوعية عميله (المستثمر) سواء من حيث الكفاءة الأخلاقية أو المهنية، ذلك أن طبيعة هذا العقد تتطلب مستوى معين من الثقة في العميل ولا يمكن التأكد من ذلك إلا بناءا على عمليات تخص خاصة السيرة المهنية والأخلاقية له، ولا يمكن تطبيق ذلك عمليا نظرا لقصور الأدوات التي يحوزها البنك وعدم وجود تنسيق بين الأجهزة المصرفية وغير المصرفية لإتمام ذلك.

ب- أسباب متعلقة بالموظفين:

حيث أن عدد الموظفين المؤهلين ببنك البركة للقيام بدراسة الجدوى والتقويم والتنفيذ والمتابعة وفق الأصول والقواعد العلمية والفنية الحديثة للمشاريع التي تعرض على البنك يعد ضئيلا مقارنة مع حجم الملفات الهائلة لدى بنك البركة الجزائري حيث أن هذه

1- شوقي عبده الساهي، المرجع السابق، ص39.

الملفات يقوم بدراستها مرة ثانية- بعد دراستها على مستوى الفرع- شخص واحد على مستوى المديرية العامة، هذا من جهة ومن جهة أخرى نلمس نقص الموظفين المختصين

في المتابعة الميدانية للمشاريع ذلك أن طبيعة عقد المضاربة تتطلب الحرص والمراقبة والتفتيش لضمان السير الحسن للمشروع وتضمن التطبيق الأمثل لبنود العقد.[1]

ج- أسباب قانونية:

ويأتي في صدارة هذه المعوقات قانون الرقابة على البنوك في الجزائر حيث لا توجد استثناءات خاصة ببنك البركة الجزائري تميزه عن غيره من البنوك التقليدية الجزائرية،ضف إلى ذلك أن البنك ليس محمي في مواجهة المتعاملين غير الملتزمين خاصة أن التجربة أثبتت أن الكثير من المتعاملين يلجؤون للعديد من الأساليب للتحايل والمراوغة وذلك بإعطاء فواتير مزورة ومضللة للبنك حتى تغطى أرقام أعمالهم وخاصة الأرباح التي حققوها من جراء عمليات المضاربة حيث لا يظهر من خلال تلك الفواتير والتقارير سوى الجانب السلبي والخسائر الصورية التي يزعمها العميل.[2]

إضافة لعدم الاستعداد لتحمل المخاطر من قبل المودعين هذا ساهم في إعاقة بنك البركة في التعامل بالمضاربة وهذا راجع لتأثر المودعين بفكرة الضمان وعدم تحمل المخاطر التي ألفوها في البنوك التقليدية.

هذا عرض لبعض الأسباب التي تقف حائلا أمام تطبيق نظام المضاربة لدى بنك البركة الجزائري.

أما فيما يتعلق بعقد المشاركة نجد أن تطور التمويل بالمشاركة مر بثلاث مراحل أساسية:

المرحلة الأولى: مرحلة "الإعتماد المقبول" من حيث نسب المشاركة إلى مجموع التمويلات ويظهر لنا ذلك خلال سنتين92-94 وهي إما تمويلات متوسطة أوقصيرة المدى حيث أن ارتفاع نسبة التمويل بالمشاركة سنة 1994 يرجع إلى إعتماد التمويل قصير المدى والذي يخصص غالبا لتمويل قطاع التجارة.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة التوسع من حيث اعتماد التمويل طويل الأجل على أساس تقنية المشاركة خلال سنة1995.

المرحلة الثالثة: هي مرحلة التقهقر والتراجع النهائي فمنذ سنة1996-2002 نجد أن هناك توقفا عن التمويل بالمشاركة نتيجة لأسباب هي:

1- أبو عبد الباسط مسرور، المرجع السابق، ص103، 104.

2- أحمد مازي: مكلف بالدراسات القانونية والتنظيم على مستوى بنك البركة- وكالة بئر خادم- مقابلة يوم 18جوان 2003 على الساعة 10 صباحا.

- أن العميل عند إجرائه للبيوع في إطار عقد المشاركة لا يصرح بها لدى البنك ولا يزوده بالفواتير الصحيحة والتي يعتمد عليها البنك كثيرا.

- تحويل الإيرادات بطرق غير شرعية مما يضيع حق البنك وتقديم خسائر صورية.
- الغش في التصريحات المقدمة للبنك.

كان هذا عرض سريع لأهم أسباب التراجع عن التعامل بعقدي المضاربة والمشاركة لدى بنك البركة الجزائري، وفي رأينا أن مرد ذلك يرجع كله لغياب التغطية والحماية القانونية الفعالة التي تحدد الضوابط والقواعد التي يجب احترامها في التعامل بالعقود الإسلامية اللاربوية والتي تكرس الحماية المثلى للطرف الضعيف في عقد التمويل.

المبحث الثاني: طبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية

لما كان لعقد التمويل المتعلق بالملكية طبيعة مزدوجة لهذا ارتأينا التطرق لطبيعته الفقهية في **مطلب أول** ، ثم نتناول طبيعته القانونية وهذا في **مطلب ثان.**

المطلب الأول: الطبيعة الفقهية لعقد التمويل المتعلق بالملكية

برجوعنا للتحديد الفقهي لطبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية نجد أن للفقه الإسلامي موقفين متناظرين فمن جهة يحدد طبيعة كل صورة على حدى ومن جهة يوضح طبيعة عقود التمويل بصفة عامة ، لهذا سنتطرق للإختلاف الفقهي حول طبيعة صوره في **فرع أول،** ثم نتعرض للإجماع حول إعتبار عقد التمويل المتعلق بالملكية من عقود الأمانة **فرع ثان.**

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي حول طبيعة صوره

إنّه لمن الأهمية بمكان التعرض للإختلاف الفقهي لكل صورة من صوره وذلك كالتالي:

أولا- طبيعة عقد المضاربة:

قبل الفقه الإسلامي عقد المضاربة كاستثناء من تحريم الربا والغرر واتفق علماؤه على مشروعيتها فهناك من يؤصلها في القرآن ويبني مشروعيتها عليه بينما يؤكد آخرون بأنها لا أصل لها لا في القرآن ولا في السنة، لكن المهم أن الفقه متفق على مشروعيتها إلا أنه عندما أراد تحديد طبيعتها القانونية ، اتفق على أنها تبتدأ بتقديم المال وتنتهي بتوزيع الأرباح، ولكنه اختلف ما بين نقطة البداية ونقطة النهاية حيث تتنوع طبيعة المضاربة بينهما من الأمانة مرورا بالوكالة إلى المشاركة، مما نتج عنه تعدد الأحكام التي تؤطر هذه المعاملة وانقسم بذلك الفقه لآراء:

1-الرأي الأول:

يرى **المالكية** أن المضاربة" **وكالة من نوع خاص**" لأن صاحب المال يوكل المضارب في استخدام ماله ولكن في التجارة بالنقد ، وهذا التحديد يجعل التوكيل فيها خاصا ويعتبرها **الحنفية**" **أمانة**" في بدايتها لأن المال تحديد المضارب يأخذه بأمر من صاحبه، وتصبح **وكالة** عندما يبدأ في تنفيذ العملية، لأنه يستخدم مال غيره فهو كالوكيل عنه في استعماله ثم في النهاية **شركة** لأن الأرباح المتحققة منها يشترك فيها الطرفان، وهي في نظرهم شركة في الربح أساسا.

ويتفق **الشافعية** مع بعضهم على أنها في أولها وكالة، لأن المضارب يتصرف في مال غيره بإذنه ولكنهم يختلفون في نهايتها بين من يرى بأنّها **جعالة** لأن المضارب لا ينال نصيبه من الربح إلا بعد التوزيع العادل وبين من ذهب إلى أنها شركة باعتبار أن الطرفين شركاء في الربح ويرى **الحنابلة** أنها أمانة ووكالة في البداية وإذا حققت أرباحا صارت شركة، وإذا فسدت انقلبت إجارة.

وقال الفقيه (المرتضى في مرجعه البحر الزاخر، ج5، ص79) أن المضاربة عندهم "وكالة دائمة وبعد الدفع أمانة وبعد التصرف بضاعة، أي يرتجى الربح فيها وبعد الربح شركة."[1]

ومنه نستنتج أن أصحاب الرأي الأول يبنون تكييفاتهم لعقد المضاربة على أساس المراحل التي يمر بها هذا العقد الفريد من نوعه وأعطوا بذلك لكل مرحلة تكييفا خاصا بها ونعتقد أن ذلك زاد في تعقيد طبيعة هذا العقد.

2- الرأي الثاني:

أدى اختلاف الفقهاء في تكييف طبيعة المضاربة على أساس المراحل التي تمربها إلى اختلافهم في تصنيف عقدها هل هو من عقود المعاوضات أم من المشاركات ، وغلّب أصحاب الرأي الأول فيها جانب الإجارة وهو رأي الجمهور، باعتبار أنها استثناء

1-عائشة الشرقاوي، المرجع السابق، ص317-320.

فهي مجرد ترخيص لا يجب التوسع في استخدامه، بينما غلب أصحاب الرأي الثاني فيها جانب الإجارة وهو موقف الحنابلة وبحث هذا الإتجاه في مضمون عقد المضاربة قبل شكله ونظر إلى نية الأطراف فيه وتبين له أن المشاركة هي الأقوى لأن رب المال لا يهدف منه إلا الربح ولا يهمه العمل الذي سيقوم به المضارب ونوعيته والطاقة التي سيبذلها.

وتعتقد الدكتورة المالقي أن لعقد المضاربة طبيعة مركبة تحتمل جل هذه التكييفات فهو عقد وديعة لأن العامل يتسلم المال من صاحبه وعليه أن يحافظ عليه ويلتزم برده إذا طلب منه، ولا يضمنه إلا إذا تعدى أو أهمل، وهو وكالة لأن العامل عندما يبدأ في الاتجار بالمال فإنه يتصرف كوكيل ، وهو شركة لأن الغاية منه اقتسام الأرباح الناتجة عنه بين الطرفين.1

3-الرأي الثالث:

وقد كان مرجحا من بعض الفقهاء ومضمونه ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم حيث قرر ابن تيمية " بأن عقد المضاربة لا يمت بصلة إلى الإجارة وإنما هو من قبيل المشاركات لشبهه بالمساقاة و المزارعة."

أما ابن القيم فقد سارعلى منوال أستاذه "واعتبر أن عقد المضاربة عبارة عن مشاركة هذا بدفع ماله وهذا بدفع بدنه وما قسم الله من ربح بينهما."هذا كان مرجحا في مرحلة أولى لكن تغير الامر بعده.

4-الرأي الرابع: الطبيعة الخاصة لعقد المضاربة

_نحدد الطبيعة الخاصة بتبيان مدلول الخصوصية ثم عناصر الخصوصية.

4-1-مدلول الخصوصية:

إن عقد المضاربة كما قال الدكتور يوسف قاسم" **ذو طبيعة خاصة**" غير أنه إلى الشركة أقرب لكنها شركة ذات طبيعة متميزة من شأنها أن يسهم أحد الشريكين بماله ويساهم الآخر بعمله وخبرته فيكون وكيلا عن الأول في القيام بعملية التنمية والإستثمار.2

1- نفس المرجع السابق،ص321.

2- علية نصر الدين: موقف القوانين االمدنية من الفوائد ومدى مواءمته للشريعة الإسلامية، منشورات دحلب، دون طبعة، 1990، ص205 ، 206.

فنظرا لرجاحة هذا الرأي الذي لقى صدا كبيرا من طرف معظم الفقهاء، ذهب بعضهم إلى استخراج عناصر خصوصية عقد المضاربة، لذا التساؤل الذي نطرحه في هذا المقام ما المقصود بعناصر خصوصية عقد المضاربة؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

4-2- عناصر خصوصية عقد المضاربة:

تتمثل عناصر خصوصية عقد المضاربة في النقاط التالية:

4-2-1-عنصر خصوصية التمويل:

إن عقد المضاربة هو عقد مالي في الأساس حيث يتكون من طرفين طرف ممول أو صاحب المال وطرف مضارب او مستفيد من التمويل ولذلك عرفه البعض على أنه عقد تمويل خارجي أين يعد المصرف الإسلامي مجرد وسيط.

ومن خلال هذه الخاصية يعتبر عقد المضاربة الشكل الأنسب لعمل المصارف وهو العقد الأكثر استعمالا في المصارف الإسلامية.

4-2-2-عنصر خصوصية الضمان:

حيث أن يد المضارب يد أمانة وليست يد ضمان ، ولا يضمن هلاك المال أو تلفه إلا إذا حدث تفريط بين منه، ولعل هذه الخصوصية في عقد المضاربة ، تعرقل من انتشار هذا العقد في أوساط المجتمعات الإسلامية لأن عدم فرض الضمان على المضارب يهدد سلامة أموال أصحاب الودائع الإستثمارية في هذه المصارف ويصبح هامش الخطر في عمليات المضاربة غير منسجم مع هامش الربح غير أنه مع الاعتراف بشرعية هذا التخوف إلا أن تفادي حالات المخاطرة ممكنة بفضل تطبيق المعايير العملية الدقيقة في انتقاء المشاريع.[1]

4-2-3-عنصر خصوصية توزيع النتائج:

يقصد بعنصر خصوصية توزيع النتائج في عقد المضاربة انفراد هذا العقد عن باقي العقود الفقهية بكونه يحقق المساواة القانونية بين عوامل الإنتاج ونقصد بها المال والعمل

1- عجة الجيلالي، المرجع السابق،ص90.

حيث أن المال قرين العمل ومقابله في العقد وبناءا على ذلك فإن حدثت خسارة لا قدر الله يتحمل صاحب المال الخسارة المالية بصفة كلية أمل المضارب فيخسر جهده وعمله وبذلك يلمس الباحث من خلال معادلة توزيع الخسارة تكريم الشريعة الإسلامية لعنصر العمل واهتمامها به واعتبارها إياه قرين المال وأساس الثروة.1

وبذلك فنحن نميل لهذا الرأي الذي يعتبرأن عقد المضاربة عقد من نوع خاص ، نظرا لأنه يحوي عدة تصرفات قانونية كيفت كما في السابق على أنها(أمانة، وكالة، شركة،...) فنظرا لأن هذا العقد يتكون من عناصر خاصة هذا ما جعل منه نوعا خاصا من عقود التمويل ينفرد بخصائصه ومميزاته ، فرغم أن هناك من يعتبره من العقود الإحتمالية إلا أن له بعض المميزات التي تجعله يبتعد عن حالة الغرر المحرمة في الشريعة الإسلامية، كما أن مفهوم الإحتمال في عقد المضاربة مختلف عن مفهوم المقامرة حيث أن الإحتمال في عقد المضاربة هو احتمال في آثار هذا العقد فقط أي حالة الأرباح أوالخسائر ، أما الإحتمال في عقد المقامرة فهو احتمال يمس موضوع العقد وآثاره.

بذلك ورغم أنه عقد مركب كما قالت الدكتورة المالقي إلا أنه وفي نفس الوقت يعتبر نوعا خاصا من عقود التمويل الذي قد يفيد المشرع مستقبلا في تحديد شروط تكوينه وآثاره.2

رابعا- موقف التشريعات الوضعية الإسلامية من عقد المضاربة:

نحاول التطرق أولا لموقف التشريعات الوضعية للدول العربية الإسلامية وفي مرحلة موالية نتناول موقف التشريعات الإسلامية غير العربية.

1- موقف التشريعات العربية الإسلامية:

نظم المشرع العراقي أحكام عقد المضاربة في القانون المدني في المواد من 660-675 مدني واعتبره عقد مدني ، وكذا الحال بالنسبة للمشرع الأردني حيث نظمه في المواد من

1- نفس المرجع السابق،ص90.وما بعدها.

2- عائشة المالقي، المرجع السابق، ص360.

631-634 من القانون المدني الأردني، أما المشرع المصري نظمه ضمن مشروع القانون المدني المصري المطابق لأحكام الشريعة الإسلامية في المواد من 512-524.

أما بالنسبة للمشرع السعودي فقد نظم عقد المضاربة ضمن أحكام النظام التجاري الموافق بالأمر السامي رقم 32 الصادر في 15 محرم سنة 1350 ه والذي ينص على تعريفه في المادة 19 من الفصل الثاني والمتعلق بالشركات.

2- موقف التشريعات الإسلامية غير العربية:

إن أهم الدول الإسلامية التي طبقت عقد المضاربة هي باكستان حيث أنه ابتداءا من خطابه في 1979 طالب الرئيس ضياء الحق أن تتعهد حكومته بأسلمة نظام المصارف وهذا إبتداءا من سنة 1981 فكان أن أصدر في السنة الموالية القانون الأساسي للمضاربة والذي اعتبرفيه المشرع الباكستاني المضاربة الإطار القانوني لإدارة العمل في المنظمات المالية والتجارية، حيث عرفت المادة الثانية منه عقد المضاربة: "العقد القائم على تقديم حصة من مال من جانب وحصة من عمل من جانب آخر."

كما أن المادة الرابعة منه تشترط صراحة الكتابة الرسمية لعقد المضاربة تحت طائلة البطلان، وكذا ايران لديها نشاط تشريعي بارز حيث أنه وفي 30 أوت 1983 قامت بإصدار قانون حول العمليات المصرفية غير الربوية حيث وضحت مفهوم كل عقود التمويل.1

3- موقف المشرع الجزائري:

نحن نرى أنّه و أمام هذه الحركة التشريعية الواضحة نجد أن التشريع الجزائري ورغم تكريس البنوك الإسلامية في الحياة التجارية إلا أنه لم يراع خصوصية عقد المضاربة والعقود المشابهة له والتي تعد أدوات عمل ونشاط المصارف الإسلامية، لذا ينعدم تدخله فموقفه سلبي حيث أنه لم يعدل لا قانونه المدني ولا التجاري ولا حتى إشارة لصوره في قانون النقد والقرض.

1- عجة الجيلالي ، المرجع السابق، ص93.

ثالثا- طبيعة عقد المشاركة:

تعرف المشاركة أو تمويل المساهمة بأنها اشتراك عدة أشخاص في رأس مال مشروع ما يقدم فيه كل واحد الحصة التي يريد، على أن تقتسم الأرباح والخسائر كل حسب هذه الحصة وهي تعتبر من حيث المبدأ أهم أدوات العمل البنكي الإسلامي.

لذا هناك من رأى أن المشاركة " **ليست عقدا**" بل هي عبارة عن تعويض لنظام الفائدة لذلك ارتأينا إعمال تفرقة بين المشاركة ونظام الفوائد .

عندما نعلم أن البنوك الإسلامية تريد العمل بناءا على أحكام الشريعة الإسلامية يتبادر إلى ذهننا سؤال حول الكيفية التي يمكن من توفق بين تحريم الزيادة على أصل القرض وبين متطلبات العمليات التجارية والمالية المعاصرة القائمة على نظام الفوائد.

ولقد قبل كجواب على هذا السؤال بتعويض نظام الفوائد بعقد المشاركة الذي يعتبر في رأي منظري البنوك الإسلامية :"وسيلة للقضاء على الخلل الموجود حاليا في العلاقة بين مردودية رأس المال ومكافأة المجهود و المبادرة."

ويبرر اختيار هذا العقد بأنه يبلور الخلاف بينهما وبين البنوك التقليدية فهذه الأخيرة تمول المشروعات بالقروض بالفائدة دون أن يكون لها ارتباط بنتائجها ودون أن يتحمل أصحاب الودائع أية مسؤولية، وهذا يعني أنه إذا لم تحقق المشروعات أية مردودية فالمقترضين ملزمين مع ذلك بسداد القروض مع الفوائد المستحقة عليها بينما يؤدي تطبيق المشاركة إلى توزيع المسؤولية والمخاطر توزيعا عادلا بين البنك والمستثمرين والمودعين فهم يقتسمون جميعا كل تبعات المشاريع بمخاطرها ثم أرباحها أو خسائرها، وهي وضعية لا يعرفها النظام البنكي التقليدي الذي تقع نتائج المشروعات فيه على المستثمر المستخدم للمال، إذ هووحده الذي يتحمل المخاطر والخسائر وله وحده الأرباح.

ومنه تقوم المشاركة على تحمل عنصر المخاطر فكل من تحملها يجب أن يحصل على ربح معقول إذا حقق استخدامها مردودية ما، وبالمقابل عليه أن يقبل خسائرها إذا فشلت في تحقيق هذه المردودية.

وبالنتيجة فالمشاركة توزع المخاطر بين البنوك والمتعاملين وكذلك النتائج سواء كانت ايجابية أو سلبية وهذا ما يجعل تمويلات البنوك الإسلامية هي فعلية ومباشرة في الحياة الإقتصادية لأنها تساهم في المشروعات وتمارس العمليات التجارية والمالية.[1]

1- عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق، ص 361.

وهذا يظهرالخلاف بين البنوك الإسلامية والتقليدية التي تبقى بمعزل عن المخاطر التي يتعرض لها المدين ويحصل في الأخير على أصل دينه وفوائده سواء ربح المدين أو خسر، واستحقاقه لأمواله هذه بصرف النظر عن الربح أو الخسارة، وهو مايعتبر في الإسلام استغلالا مرفوضا.[1]

بدراستنا لعقدي المشاركة والمضاربة قد يظهر لنا أنهما متماثلان للوهلة الأولى لكن هذا غير صحيح لأن هناك جملة من الفوارق بينهما نوجزها في الآتي:

- تختلف المضاربة عن المشاركة في كون صاحب الجهد يملك إلى جانب جهده جزءا من المال ولكنه غير كاف للقيام بنشاطه فيضطر إلى اللجوء لطرف آخر ليقدم له ما يحتاجه من المال ويتقاسم الطرفان الربح أو الخسارة بنسب يتم الاتفاق عليها مسبقا، فعقد المشاركة يقتضي وجود هيئة تملك المال وجهة تملك المال والجهد معا وبذلك يختلف عن عقد المضاربة الذي يتكون من عمل من جانب ومال من جانب آخر.
- أن الخسارة في عقد المشاركة هي مشتركة بين أطراف العقد، أما الخسارة في عقد المضاربة فيتحملها صاحب المال.
- أن المشاركة قد تكون منتهية بالتمليك حيث يعطي أحد الشريكين وليكن مصرفا الفرصة لشريكه لامتلاك المشروع خلال مدة معينة، ويتم هذا التمليك عن طريق بيع أسهمه إلى شريكه ويكون ذلك إما دفعة واحدة أو على دفعات متعددة أما في عقد المضاربة يلتزم المضارب برد الرأسمال إلى صاحبه بعد فض المضاربة ولا يمكنه تحت أي ظرف تملك هذا المال.[2]

ثالثا- طبيعة بيع المرابحة:

يطلق على المرابحة لفظ البيوع الإسلامية وبيع المرابحة هوأحد صور البيوع الإسلامية الأساسية وهو **بيع الأمانة** المعروف في الشريعة الإسلامية والذي يختلف عن بيوع المساومة في أنه بيع الأمانة يتم الإتفاق فيه بين البائع و المشتري على ثمن السلعة أخذا في الإعتبار ثمنها الأصلي الذي اشتراها به البائع.

أما بيوع المساومة فيتم الإتفاق بين البائع و المشتري على الثمن بغض النظر عن الثمن الأصلي للسلعة، وتتم عملية المرابحة في حالة زيادة ربح السلعة عن الثمن الأصلي للسلعة الذي تم شراؤها به.[3]

ومنه لم يثر عقد البيع بالمرابحة أية آراء فقهية حول طبيعته بل اتفق الفقهاء على اعتباره ضمن بيوع الأمانة وكيف على هذا الأساس.

1- نفس المرجع السابق ،ص363.
2- عجة الجيلالي، المرجع السابق،ص106.
3- الخضيري: البنوك الإسلامية، المرجع السابق، ص121.

رابعا- طبيعة عقد السلم:
اختلفت الأقوال و الآراء حول طبيعته حسب الآراء التالية:

1-الرأي الأول: اعتباره دين

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار تكييف السلم على أنه عبارة عن دين، لكن رد هذا الرأي على أساس أنه ليس دينا يستمد مشروعيته من مشروعية الدين عموما والذي يدخل في مضمون قوله تعالى:
" **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه.** "[1]
هذا ما أدى لظهور رأي آخر وهو الرأي الثاني.
2-الرأي الثاني: اعتباره عقد قرض

يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن تشبيه السلم (السلف) بالقرض للأسباب الآتية:
-اسم العقد عقد سلم أوسلف وكل من هاتين التسميتين يعني في أصل اللغة تسليف رأس المال ومن الناحية العملية، العقد عبارة عن رأسمال يجري تسليفه لأجل محدد.
- أن المبرر لهذا العقد هو الحاجة التي يشعر بها المستفيد (المسلم إليه) والذي ليس إلافي حكم المقترض من هذه الناحية.
- أن مقدم رأسمال (المسلم أو رب السلم) يمكن النظر إليه على أنه مقرض يريد الإستفادة من عنصر الضمان و الطمأنينة بربط موعد السداد بموسم الحصاد بحيث يؤدي هذا إلى تحديد ما يمكن تحديده من أخطار عدم الملاءة و اليسار من جانب المدين في موعد الإستحقاق.
ومع ذلك فإن اجتماع كل هذه العناصر يبقى غير كاف لتشبيه هذا العقد بعقد القرض الحقيقي ففي عقد القرض يكون البدلان من حيث المبدأ متماثلين (سلع مثلية)، أما في عقد السلم فالمال المسلف يختلف عن الشيء المبيع لأنه عادة من طبيعة مختلفة عن طبيعة الثمن، و الحالة إنما هو ربا سواء تم التبادل فورا أم لا.منه هذا الرأي اعتمد القياس بين الفائدة والسلم حيث قاس الفائدة على السلم ووجه ذلك أن اقتراض المال بفائدة فيه نفع ومصلحة للطرفين، فالمقترض يستفيد في الحال من النقود ويسد حاجته ويتمكن من القيام بشؤونه والمقرض يستفيد في المآل بقبض أكثر مما أقرضه لقاء الأجل.[2]

3-**الرأي الثالث:** اعتباره بيع لأجل
رأى أصحاب هذا الإتجاه أنه باعتبار أن ثمن البضاعة في الحال بينما يجري الدفع بعد أجل وفيما يتعلق بالبيع بالنسيئة رأينا أن البائع يمكنه زيادة السعر محققا بذلك ربحا

1- سورة البقرة، الآية 282.
2- عمربن عبد العزيز المترك: الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1998، ص204.

مزدوجا الربح الأول هو ربح البيع النقدي (ربح الثمن المعجل) والثاني ربح البيع الآجل (ربح تأجيل الدفع أو ربح الإنتظار) في حين أنه فيما يتعلق ببيع السلم ربما يكون الشاري هو الذي يحقق الأرباح فهذه المرة هو الذي يعجل دفع الثمن ويؤجل قبض البضاعة، إذ عندما يكون البائع بحاجة إلى المال فإنه يلجأ إما إلى الإقتراض أو إلى بيع السلم، فتتقابل حاجة المقرض أو الشاري وعند نقطة التقابل أو التعادل يتحدد ثمن البيع، وإذا كانت حاجة البائع كبيرة وملحة فإن الثمن يكون منخفضا نسبيا ولصالح الشاري الذي يحقق في هذه الحالة نوعا من الفائدة.[1]

4-الرأي الرابع: أنه استثناء من بيع الغرر

يرى بعض المؤلفين أن بيع السلم لا يجوز في الإسلام إلا على أساس أنه استثناء من بيع محرم هو بيع الغرر أي بيع شيء لم يدخل بعد في ملكية البائع ولهذا ألح الرسول -صلى الله عليه وسلم- في بيع السلم على أن يكون الشيء المبيع محددا بصورة وافية، طبيعة و نوعا وكما...إلخ.

وهذا لتحقيق ما أمكن من أخطارهذا العقد بالوضوح والدقة اللازمين لضمان الرضا المتبادل بين طرفي العقد فلا يجوز مثلا أن تباع ثمار نخلة معينة لأن هذا من باب القمار أو الميسر إذ لا بد من تحديد كمية المبيع بصورة معلومة للطرفين.

هذا الاستثناء المحاط بهذه الضمانات ربما كان الغرض منه تقديم وتوفير التسهيلات الإئتمانية للإنتاج الزراعي والحرفي والتجاري،وهذه الوسيلة التمويلية إنما هي مفيدة لكلا الطرفين للمنتج الذي يحتاج إلى تمويل موسمي أو لأجل متوسط ويكون قادرا على الوفاء بتعهده في الوقت المتفق عليه حيث يتوفر الشيء الذي باعه وتعهد بتسليمه، وهذه الوسيلة التمويلية إنما هي مفيدة لكلا الطرفين، للمنتج الذي يحتاج إلى تمويل موسمي أو لأجل متوسط ويكون قادرا على الوفاء بتعهده في الوقت المتفق عليه حيث يتوفر الشيء الذي باعه وتعهد بتسليمه.

هذا الإستثناء المحاط بهذه الضمانات ربما كان الغرض منه تقديم وتوفير التسهيلات الإئتمانية للإنتاج الزراعي و الحرفي والتجاري، وهذه الوسيلة التمويلية إنما هي مفيدة أيضا للدائن الذي يحتاج إلى مؤشر أو دليل على ملاءة مدينه وربما يحتاج أيضا للبضاعة التي سيتسلمها وتكون موضوع تجارته وصناعته ولهذا السبب أطلق بعضهم على هذا النوع من البيع" بيع المحاويج" بالنظر لحاجة كل من طرفي العقد، كما أشرنا أو بالنظر لحاجة البائع إلى المال.

1- رفيق يونس المصري، المرجع السابق، ص205-207.

رغم كل هذه الآراء الفقهية إلا أننا نرجح الرأي الذي يعتبر عقد السلم عقد بيع لأجل، ذلك أن الثمن يسلم في مجلس العقد كاملا، لكن يؤجل استيلام البضاعة، وهذا ما تؤكده المادة488 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني إذ تنص:" يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد." [1]

خامسا- طبيعة عقد الإستصناع:

لقد أثار عقد الإستصناع جدلا كبيرا في أوساط الفقهاء وتضاربت حول اعتباره سلما أو إجارة أو بيع ولكل رأي مبرراته وهذا ما نتطرق إليه وبايجاز فيمايلي:

1- الرأي الأول: اعتباره نوعا من السلم

ذهب بعض الفقهاء ومنهم المالكية إلى أن الإستصناع نوع من السلم يعتبرفيه من الشروط ما يعتبر في السلم من تسليم الثمن في مجلس العقد، وضرب الأجل لقبض المسلم فيه، وعدو جواز تعيين العامل والمعمول منه ويكون عقدا لازما لا يمكن فسخه إلا برضا الطرفين ولم يجعلوا الإستصناع عقدا مغايرا للسلم.

وكذا عند الشافعية والحنابلة:إن عقد على وجه السلم بشروطه صح وكان سلما ولا يجب فيه مراعاة أحكام السلم[2] ، ومنه اختلاف الحنفية في تكييف عقد الإستصناع إلى عدة أقوال:

القول الأول: أنه عقد بيع لكنه فقد بعض مستلزمات البيع وأخذ شبها بالإجارة أما وجه مخالفته البيع العادي فلأنه قد يثبت فيه خيار الرؤية ابتداء أي سواء اشترط أم لم يشترط في صلب العقد ولاشتراط العمل في الإستصناع وعدم وجوب تعجيل الثمن.

القول الثاني:أنه إجارة محضة:ويؤيد هذا أنه ينفسخ بموت أحد المتعاقدين عند الأحناف لكن يعترض عليه بأن الأجير يقدم عملا لا عينا.

القول الثالث: أنه عقد إجارة ابتداءا وبيع انتهاء.

القول الرابع: مواعدة غير ملزمة للطرفين وليست بيعا.

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع السابق،ص224

2- محمد سليمان الأشقر، نفس المرجع السابق، ص121.

والمختار أن عقد الإستصناع عقد مستقل مسمى وهوعقد بيع إسمه السلم يضاف إليه أن للإستصناع شبها بالإجارة من جهة كون الصنعة(العمل المطلوب) فيه يكون من الصانع وأن العقد يبطل بموت أحد المتعاقدين.[1]

2- الرأي الراجح في تكييفه عند الحنفية:

ما توصل إليه الحنفية أنه نوع خاص من البيوع، يمتاز عن سائرها بأحكام تخصه يأتي بيانها أن العمل مشروط فيه وهو في الحقيقة مركب من بيع وإجارة حيث أن البيع وارد على المادة والإجارة واردة على العمل وهذا التكييف هوالذي رجحه بعض المحققين من مشايخ الحنفية فإنهم ذكروا أنه مستثنى من قاعدة منع بيع المعدوم على سبيل الإستحسان بالنص والتعامل، ولعل الذين قالوا أنه مجرد وعد مالم يتسلمه المشتري نظروا إلى القاعدة العامة من عدم صحة بيع المعدوم شرعا ومن كونه إذا مات الصانع قبل التمام يبطل الإستصناع.

وأما الذين قالوا هو بيع من حين الإبتداء مشروط فيه العمل فإنهم أجازوه استحسانا للحاجة والتعامل استثناء من بيع المعدوم وروعيت أحكامه الخاصة ليمكن تحقيق مصالح الناس ، وهناك من كيفه على أساس أنه عقد شركة بين الصانع والمستصنع.[2]
والصحيح في تكييف عقد الإستصناع أنه "عقد جديد " مستقل وليس وعدا وليس بيعا وليس إجارة وليس سلما وإن كان له شبه بالبيع و الإجارة والسلم كالتالي:
فيشبه السلم لأنّه عقد على موصوف في الذمة ويشبه البيع من أجل أن الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض ويشبه الإجارة من حيث أن العمل جزء من المعقود عليه وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي، وهو الصحيح لأنه ليس بيعا لأن البيع لا يتضمن عملا، وليس إجارة لأن الإجارة لا تتضمن تقديم أعيان وإنما اضطربت أقوال شيوخ الحنفية في هذا لأن كلا منهم رجح ما رأى أنه أشبه.
والخلاصة التي توصل إليها محمد سليمان الأشقر أن:
1- عقد الإستصناع عقد وليس مجرد مواعدة.
2- أن عقد الإستصناع ليس داخل في المعنى الأعم للبيع.
3- أن عقد الإستصناع ليس من البيع المطلق بل هو نوع خاص من أنواع البيوع كما أن الإجارة نوع خاص هوبيع شيء موصوف في الذمة بثمن معجل وكما أن الصرف نوع خاص هو بيع نقد بنقد، فكذلك الإستصناع هو بيع العين مع العمل الصناعي فيها ولكل نوع من هذه الأنواع الخاصة أحكامه الخاصة التي يتميز بها، ومن أجل ذلك يقوده بعض الفقهاء ببيان خاص في كتبهم الشاملة لبيان الأحكام التي يختص بها.[3]

1- أحمد يوسف: عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار العلوم ، جامعة القاهرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع (دون طبعة) 1993، ص214، 215.
2- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص230.
3-Instrument du banking islamique (Istisn'a) : article publié au site web suivant :http://www.albaraka-bank.com ,le 4/3/2005 à 2h00,p1.

الفرع الثاني: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد أمانة

إن العقود المالية في الفقه الإسلامي تنقسم إلى عقود أمانة وعقود ضمان 1، أما عقود الأمانة فبموجبها تقتصر مسؤولية الوسيط فيها على المخاطر المترتبة على تقصيره أو تعديه في عمله، وأما عقود الضمان فيتحمل فيها الوسيط كافة المخاطر التي تتعرض لها السلعة محل الوساطة سواء قصر أو لم يقصر.

ومن هذا المنطلق كيف الدكتور سامي إبراهيم السويلم عقود المشاركة، المضاربة، البيوع الإسلامية ضمن طائفة عقود الأمانة المعروفة في الفقه الإسلامي، ويرى أن عقود الأمانة تحقق للوسيط مايطمح إليه من تجنب المخاطر التي لا تتصل بعمله ولا تدخل تحت سيطرته بسبب طرف ثالث أما مخاطر التعدي أو التفريط فهو يتحملها بطبيعة الحال لأنها تحت سيطرته وبموجبها يستحق الربح على وساطته.2

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التمويل المتعلق بالملكية

إن لعقد التمويل المتعلق بالملكية طبيعة قانونية خاصة فهو يربط بين تكييفين قانونيين فمن جهة يمكن تكييفه على أساس أنه عقد قرض لكن من نوع خاص وهذا ما سوف نتناوله في **فرع الأول** ، كما يمكن تكييفه على أساس أنه عقد إذعان وهذا ماسنتناوله في **فرع ثان**.

الفرع الأول: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد قرض من نوع خاص

من خلال ما تقدم في تحديدنا لمفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره يتضح لنا بجلاء أنه يعد صيغة موازية للقروض بفائدة التي تقوم بها المصارف التقليدية الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء في محاولة تكييفه إلى اعتباره عقد قرض لا ربوي أي عقد "قرض من نوع خاص" يظهر بصور مختلفة والتي سبق لنا تبيانها 3.
فبينما تتعامل البنوك التقليدية بالقرض بفائدة دون أن يكون لهذه الأخيرة إرتباط بنتائجها ودون أن يتحمل أصحاب الودائع أية مسؤولية أي أنه إذا لم تحقق المشروعات أية مردودية فالمقترضين ملزمون مع ذلك بسداد القروض مع الفوائد المستحقة عليها، بينما عقد القرض الخاص في ظل البنوك الإسلامية نجده يركز على توزيع المسؤولية

1- سامي إبراهيم السويلم ، المرجع السابق،ص2.
2- نفس المرجع أعلاه، ص3.
3- أبو زيد علي المتيت، المرجع السابق، ص 3-4.

والمخاطر توزيعا عادلا بين البنك وبين المستثمرين والمودعين فهم يقتسمون جميعا كل تبعات المشاريع بمخاطرها ثم أرباحها أوخسائرها وهي وضعية لا يعرفها النظام البنكي التقليدي الذي تقع نتائج المشروعات فيه على المستثمر المستخدم للمال وحده 1هذا ما جعل تمويلات البنوك الإسلامية فعلية ومباشرة في الحياة الإقتصادية ، هذا فضلا عن أن الوساطة المالية في المصارف الإسلامية مابين البنك والزبن هي كشريك وليس كمدين ودائن بعكس النشاطات المصرفية للبنوك التقليدية فهي علاقة قائمة بين دائن ومدين(بين المودعين والبنك من جهة، وبين المقترض والبنك من جانب آخر) هذا ما يعزز اعتباره عقد قرض خاص ، فإذا كانت الوساطة المالية تمارس في البنوك التقليدية عن طريق القرض الاستثماري الربوي فإنها تمارس في البنوك الإسلامية عن طريق القرض اللاربوي الذي نجده متعدد الصور والسالف ذكرها.

الفرع الثاني: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد إذعان

إن مصطلح الإذعان مصطلح قانوني حديث مستمد من الفقه الغربي ، والمراد بهذا الصنف من العقود ما ينحصر فيه القبول بمجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة 2، ومعنى ذلك أن أحد المتعاقدين يستقل غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما وشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، حيث يقتصر دور الأخير إما على قبول الصفقة كلها وإما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالبا ما يضطر المتعاقد الآخر إلى هذا القبول لتعلق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه وتلك هي عقود الإذعان.3 وهذا ما ورد في مضمون المادة 70 من القانون المدني.

فلما كان عقد التمويل المتعلق بالملكية يظهر في شكل نماذج مطبوعة تعدها مسبقا البنوك الإسلامية وتعرضها للجمهور ولا تقبل مناقشة العميل في بنودها فيمكن في نظرنا اعتبارها من قبيل عقود الإذعان طالما أن المصرف الإسلامي يعد طرفا ممتازا في العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى وضعية عدم التوازن من الناحية المالية بين المصرف الإسلامي والمستفيد من التمويل.
لكن التساؤل الذي يثور في هذا المقام عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من عقود الإذعان وما مدى إجازتهم لها؟

1- عائشة المالقي، نفس المرجع السابق، ص361.
2- يحي محمد الشهراني: شركة الإتصالات... وعقود الإذعان، مقال منشور في جريدة الوطن السعودية على العنوان الإلكتروني .http ;//www.Alwatan.com يوم 10/1/ 2005. على الساعة 2زوالا.
3- محفوظ لعشب بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر،1984،ص22، 23.

لهذا ارتأينا التعرض لموقف مجمع الفقه الإسلامي من عقود الإذعان في ما يلي:

« حيث أن مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر/من8إلى13 من ذي القعدة 1423هن الموافق ل6/11كانون الثاني (يناير) 2003م.
وبعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص عقود الإذعان، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله.
" **قرر مايلي:**

(1) عقود الإذعان مصطلح قانوني غربي حديث لاتفاقات تحكمها الخصائص والشروط التالية:

أ- تعلق العقد بسلع أو منافع يحتاج إليها الناس كافة ولاغنى لهم عنها...
ب- احتكار الموجب لتلك السلع أو المنافع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها بشكل يجعل المناقشة فيها محدودة النطاق.
ج- انفراد الطرف الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق في مناقشتها أو إلغاء شيء منها أو تعديله.
د- صدور الإيجاب موجها للجمهور موحدا في تفاصيله وشروطه وعلى نحو مستمر.

(2) يبرم عقد الإذعان بتلاقي وارتباط الإيجاب والقبول الحكمين(التقديريين)، وهما كل ما يدل عرفا على تراضي طرفيه وتوافق إرادتيهما على إنشائه، وفقا للشروط والتفاصيل التي يعرضها الموجب، من غير اشتراط لفظ أو كتابة أو شكل محدد.
(3) نظرا لاحتمال تحكم الطرف المسيطر في الأسعار والشروط التي يمليها في عقود الإذعان وتعسفه الذي يفضي إلى الإضرار بعموم الناس فإنه يجب شرعا خضوع جميع عقود الإذعان لرقابة الدولة ابتداءا (أي قبل طرحها للتعامل بين الناس) من أجل إقرار ما هو عادل منها، وتعديل أو إلغاء ما فيه ظلم بالطرف المذعن وفقا لما تقضي به العدالة شرعا.
(4) تنقسم عقود الإذعان- في النظر الفقهي- إلى قسمين:

أحدهما: ما كان الثمن فيه عادلا، ولم تتضمن شروطه ظلما بالطرف المذعن، فهو **صحيح شرعا ملزم** لطرفيه وليس للدولة أو للقضاء حق التدخل في شأنه بأي إلغاء لانتفاء الموجب الشرعي لذلك، إذ الطرف المسيطر على السلعة أو المنفعة باذل لها غير ممتنع عن بيعها لطالبها بالثمن الواجب عليه شرعا، وهو عوض المثل (أو مع غبن يسير باعتباره معفوا عنه شرعا لعسر التحرز عنه في **عقود المعاوضات المالية،** وتعارف الناس على التسامح فيه.)...

ثانيهما: ما انطوى على ظلم بالطرف المذعن.....فهو حرام"[1]

بهذا يمكننا إدراج عقد التمويل المتعلق بالملكية ضمن القسم الأول الذي أجازه فقهاء مجمع الفقه الإسلامي الدولي باعتباره يعد من عقود المعاوضات المالية فهو عقد مشروع رغم تضمنه لبعض الشروط التي تضم غبنا يسيرا في جانب الطرف المستثمر ومن أمثلتها ، الشرط الجزائي والغرامات التأخيرية التي يفرضها المصرف الإسلامي على المستفيد من التمويل عند المماطلة في تنفيذ إلتزاماته.

وانطلاقا من كل ذلك فإننا نستنتج أن لعقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية خصائص يستأثر بها عن باقي العقود التي تبرمها المصارف التقليدية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن له طبيعة قانونية خاصة حيث تعتبر مزاوجة بين خصائص ومميزات عقدي القرض والإذعان معا، هذا ما يجعلنا نرى أنه عقد فريد من نوعه كونه يخضع لنظامين قانونيين مختلفين.

1- قرار رقم 132 (14/6) بشأن عقود الإذعان صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من 8-13 ذي القعدة الموافق ل16/11 جانفي 2003، مستقى من العنوان الإلكتروني: http://www.islamonline.net وذلك يوم2005/1/16.على الساعة15زوالا.

الـــفــصــل الــثــانــي

إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية وآثاره القانونية

بعد تحديدنا لمفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره ومع الإشارة لطبيعته القانونية والفقهية فإن هذه الدراسة لن تكون شاملة إلا بالتطرق لإنعقاده من جهة وكذا الآثار القانونية المترتبة عنه من جهة أخرى مع إظهار الإشكالات القانونية التي تحول دون التنفيذ الأمثل له ،وهذا ما سنحاول الإطلالة عليه من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة عنه.

المبحث الأول: إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية

إنعقاد عقد التمويل هوالتعبيرعن نجاح المفاوضات العقدية التي استغرقت أجل ما لهذا ارتأينا في هذا المقام دراسة شروط وضمانات انعقاده في **مطلب أول** ثم التطرق للرقابة على عمليات تنفيذ عقد التمويل وتحصيل الضمانات في **مطلب ثان**.

المطلب الأول : شروط وضمانات انعقاده

سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لأهم الشروط الواجب توافرها لإنعقاد هذا العقد من الناحيتين الفقهية والقانونية في **فرع أول** ثم نتطرق للواجب الملقى على المستثمر والمتمثل في التزامه بتقديم الضمانات الكافية للإستفادة من التمويل في **فرع ثان**.

الفرع الأول: شروط إنعقاده

إنعقاده يقتضي توافر شروط موضوعية عامة وخاصة، وشروط أخرى شكلية،ولكن ماسنركزعليه دراستنا ليس ما نجده في القواعد العامة فقط، بل نراعي إضافة إلى ذلك أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال وهذا ما نتطرق إليه فيمايلي:

أولا: الشروط الموضوعية

تنقسم الشروط الموضوعية لشروط موضوعية عامة وأخرى خاصة.

1- الشروط الموضوعية العامة:

كأي عقد فإن عقد التمويل المتعلق بالملكية يقتضي توافر الشروط الموضوعية العامة في العقود وهي الرضا، المحل والسبب والأهلية، لكننا سنتطرق لشرطي الأهلية والمحل بالتفصيل نظرا لخصوصيتهما في عقد التمويل المتعلق بالملكية، أما فيما يتعلق بالرضا والسبب فإن القواعد العامة هي التي تسري عليهما.

أ- أهلية التعاقد في عقد التمويل:

دراستنا لأهلية أطراف عقد التمويل تدفعنا للتساؤل عن مضمون هذه الأهلية في فقرة أولى ثم مدى جوازاعتبار القاصركطرف في العقد في فقرة ثانية ومدى اعتبار المرأة كطرف وأخيرا صحة أهلية التعاقد في فقرة أخرى.

أ-1- مضمون أهلية التعاقد

إن الأهلية مناطها التمييز، لأن الإرادة لاتصدرإلا عن مميز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ومن إنعدم تمييزه إنعدمت أهليته، والأهلية كما عرفها الفقهاء هي صلاحية الشخص للقيام بعمل ينتج أثره في حقه أي في ماله وقد تثبت أهليته بالإرادة أو بالولاية على المال.[1]

فيشترط لإبرام عقد التمويل المتعلق بالملكية أهلية الآداء الكاملة وهي الأهلية القانونية والشرعية المثبتة للبالغ الرشيد حيث حددتها المادة 40 من القانون المدني الجزائري بـ 19 سنة كاملة.

لكن ما يلاحظ أن سن الرشد في الشريعة الإسلامية غير ثابت، فعند البعض فإنه يحصل بظهور علامة من علاماته الطبيعية وعند البعض الآخريكون سن الرشد عند الفتى بتمام 18 سنة وعند الفتاة بتمام 17 سنة،أما الإمام مالك ابن أنس فيرى أن سن الرشد يكون بتمام 17 سنة عند الذكر والأنثى في حين نصت المادة 986 من مجلة الأحكام العدلية ذات المذهب الحنفي على أن سن الرشد 15 سنة كاملة عند الفتى أوالفتاة.

ومعلوم أن سن الرشد أكمل مراحل الأهلية وهي المرحلة التي يتسم فيها الشخص بحسن التصرف في المال من الوجهة الدنيوية ولوكان فاسقا من الوجهة الدينية ويتوافر بتحقيق الخبرة المالية بتدبير الأموال وحسن استثمارها وهو أمر مختلف باختلاف الأشخاص، والبيئة والثقافة وهذا السن هو المطلوب كأصل عام في عقد التمويل، والذي قد يختلف في بعض الأحيان عن سن البلوغ فقد يكون الشخص بالغا إلا أنه غير راشد.[2]

أ-1-1- جواز عضوية المميز في عقد التمويل

يقصد بالصغير المميز في الفقه الإسلامي،ذلك الصبي الذي أتم سن السابعة وفي ذلك تنص المادة967 من مجلة الأحكام العدلية[3]، على أنه:"يكون سن التمييز عند الصغير ببلوغه تمام السابعة"، وتبعا لهذا السن تثبت للصبي المميز أهلية الآداء والتي يقصد منها صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات عنه دون البعض الآخر، غير أنه يتوقف نفاذها على رأي غيره وتعرف هذه التصرفات على أنها تلك الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ومنها مثلا عقود المضاربة.

وبناءا على ذلك أجاز الفقهاء للصغير المميز اكتساب صفة العضوية في عقد التمويل مهما كانت صورته(مضاربة، مشاركة، سلم، مرابحة،...) ويظهر هذا الاكتساب في

1- محمد جلال الدين مباركي: الأهلية القانونية-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير،فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص49.

2- عجة الجيلالي، المرجع السابق،ص165و166.

3- مجلة الأحكام العدلية هي أحكام تشريعية مبوبة في شكل مواد مستمدة من المذهب الحنفي أصدرتها السلطات العثمانية عند حكمها للمشرق العربي.

صورتين:

وتتعلق الأولى بصورة العضوية المباشرة للمميزفي مجلس عقد التمويل المتعلق بالملكية ويقصد بها اشتراك المميز في مباشرة أعمال التمويل حيث يمكن أن يتخذ إحدى الصفتين، صفة صاحب المال أو صفة المستثمر وبصدد مناقشة جوازية العضوية المباشرة للمميز في المجلس هناك موقفان متوازيان فبالنسبة لموقف القانون الوضعي الجزائري نجد المادة الخامسة من القانون التجاري تنص:" لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشرة سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية،كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية.

- إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيما إذا كان والده متوفيا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري."

ويستفاد من هذا النص أن القاصر الذي بلغ الثمانية عشر سنة كاملة ذكرا كان أو أنثى ويرغب في اكتساب العضوية المباشرة في مجلس عقد التمويل يجب عليه أولا الحصول على إذن من وليه ويتمثل هذا الولي في الأب ثم الأم ثم مجلس العائلة.

وبعد صدور الإذن للقاصر تتم في مرحلة ثانية المصادقة على هذا الإذن من طرف رئيس المحكمة المختصة.

غير أنه مع منح هذا الإذن يثور إشكال هام ويتعلق بمعرفة ما مدى التقييد الإذن ؟ بالرجوع للمادة السادسة نجدها تنص: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة الخامسة أن يرتبواإلتزاما أو رهنا على عقاراتهم.

غيرأن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يتم إلا باتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية."

وبذلك نستنتج أن المشرع الجزائري لم يجعل الإذن الممنوح للقاصر مطلقا بل قيده في اتيان بعض التصرفات ومنها بيع الأموال والتي يجب عند القيام بها مراعاة أشكال وإجراءات محددة.

أما وبالرجوع لموقف الشريعة الإسلامية من هذه العضوية فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترط لجواز عضوية المميز في مجلس عقد التمويل المتعلق بالملكية بمختلف صوره ما يلي:

- إتمام القاصر المميز لسن السابعة أو تجاوزه لها.
- الحصول على إجازة الولي.

ويستند الفقهاء في إجازة العضوية المباشرة للمميز قوله تعالى:" **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم.**"[1]

وبصدد مقارنة الموقف الشرعي من عضوية المميز والموقف الوضعي من هذه

1- سورة النساء، الآية 6.

الوضعية نلاحظ ما يلي:

نلاحظ اختلاف بين السن القانوني للتمييز والمقدربـ 16 سنة وسن التمييز المتفق عليه في الشريعة الإسلامية والمقدر بـ 07 سنوات فهناك فرق شاسع مقدر بـ 09 سنوات وهو فرق لا يمكن تجاهله.
أما وجه الإتفاق بين الشريعة والقانون حيث يشترط في كلاهما ضرورة الحصول على إذن من الوالي حتى يتمكن القاصر المميز من مباشرة أعمال التمويل.

أما بالنسبة لصورة العضوية غير المباشرة للقاصر فيقصد بها اشتراك الغير ولاية عن القاصر المميز في مجلس العقد.[1]
وقد أجاز الفقهاء هذا النوع من عقود التمويل حيث ورد في الأثر أنه يجوز الإتجار بمال اليتيم والربح لليتيم والوضيعة على دافع ماله،من وصي أوولي أو محتسب له، وقد استند السلف الصالح في إثبات عقد التمويل بمال القاصر ما يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال :" اتجر بأموال اليتامى حتى لا تأكلها الزكاة."
وبناءا على ذلك أورد الحنفية قائمة من الأولياء على سبيل الترتيب وهم الأب، وصي الأب، الجد، وصي الجد، القاضي، وصي القاضي.

أما في القانون الوضعي الجزائري نجد المشرع نص في المادة 5 تجاري على ترتيب مختلف الأولياء حيث ذكر أولا الأب ثم الأم ثم مجلس العائلة.
وعموما لكي تصح عضوية الولي أو الوصي، يشترط أحد الفقهاء في ممثل القاصرأن يكون أمينا وقويا وكيسا وحاذقا وعارفا بشؤون التجارة، ويهدف العلماء من خلال هذه الصفات إلى حفظ مال المميز من الضياع،وحتى لا يقدم إلى الضعيف الذي لا يقوى على الاتجار أو الجاهل الذي ليس له علم بطرق تنمية المال، والمرابي الذي يتقي الله ويخافه.
ومع تدخل المصارف في عمليات التمويل ومنها المضاربة مثلا فإنه من الممكن طرح مسألة مدى أهلية هذه المصارف في تمثيل القاصرين بمجالس التمويل؟
في هذا الشأن بالنظر لخصائص المصرف الإسلامي المتميز بالأمانة والقوة والمهارة في تصريف الأعمال التجارية والمالية يمكن لهذه المصارف اكتساب العضوية في مجلس عقد التمويل ولاية عن القصرحيث أنه لا يخش معها ضياع مال القاصر،ولاحتى تنميته بطريق الربا.

أ-1-2-جواز عضوية المرأة في مجلس عقد التمويل المتعلق بالملكية:

إن البحث في مسألة جواز عضوية المرأة في مجلس عقد التمويل لا يعتبر في الواقع ترفا فكريا أو حاجة منهجية فرضتها متطلبات البحث المنهجي في عقد التمويل وإنما

1- الجيلالي عجة ، المرجع السابق ص167.

ضرورة موضوعية فرضتها غايتان:
غاية فورية: وتتمثل في محاولة إزالة الخلط العلمي القائم في أذهان الكثيرمن الدارسين،بين الموقف الشرعي لأهلية المرأة والموقف الوضعي لهذه الوضعية.
غاية مستقبلية: تتمثل في طرح مقترحات عملية لتثبيت أهلية المرأة يمكن الأخذ بها عند تقنين عقد التمويل.

وانطلاقا من ذلك نتعرض للموقف الوضعي ثم الموقف الشرعي.

أما عن **موقف القانون الوضعي** من جواز عضوية المرأة في مجلس عقد التمويل فنجد المادة السابعة من القانون التجاري تنص:"لا يعتبر زوج التاجر تاجرا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا تابعا لنشاط زوجه .
ولا يعتبر تاجرا إلا إذا كان يمارس نشاطا تجاريا منفصلا."
كما تضيف المادة الثامنة من نفس القانون على أنه:" تلتزم المرأة التاجرة شخصيا بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها.
وتكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير."

وبناءا على هذا النص لا تكتسب المرأة صفة العضوية في مجلس التمويل،إذا انحصر عملها في مساعدة زوجها المتمول أوصاحب المال (الممول) على إنجاز مشروع التمويل، بينما تكتسب هذه الصفة إذا مارست أعمال التجارة على وجه الاستقلال ولحسابها الخاص ويظهر هذا في صورة مثلا مضاربة المرأة بأموالها الشخصية حسب تعبير القانون.

أما بالنسبة **لموقف الشريعة الإسلامية** من جواز عضوية المرأة فيفرق علماء الفقه الإسلامي، عند دراستهم لمسألة جواز عضوية المرأة في مجلس العقد بين مرحلتين:
مرحلة ما قبل الزواج وفي هذه الحالة يجيز معظم الفقهاء عضوية المرأة في مجلس عقد التمويل حيث يرون أن للمرأة في مالها ما للرجل في ماله.
ومرحلة مابعد الزواج ويختلف الفقهاء في معالجة هذه المسألة حيث يرى المالكية أن الزواج يقيد من أهلية المرأة، غير أن هذا التقييد يختلف حسب صفة الاشتراك في عقد التمويل، حيث أنه يضيق في حالة اتخاذ المرأة صفة مثلا المضارب ويتسع في حالة اتخاذ المرأة صفة صاحب المال.
أما الشافعية والحنفية فيرون أن المرأة ليست بحاجة إلى إذن زوجها عندما تقرر دفع مالها مضاربة أو مشاركة إلى عامل تختاره ولهم في ذلك حججهم.[1]

1- نفس المرجع السابق، ص169.

أ-2-3-أهلية تعاقد الشخص المعنوي:

نظرا للتطور الذي طرأ على إستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية فإنه يمكن للأشخاص المعنويين أن يكتسبوا صفة العضوية في مجالس عقود التمويل ويظهر هؤلاء الأشخاص في شكل شركة، مؤسسة، هيئة أو مصرف، ومعلوم أنه بعد الاستعمال المصرفي لعقد التمويل أصبح المصرف الشخص المعنوي الأكثر عضوية في هذه العقود لكن ما هو مدلول هذه الشخصية؟ وما هي حدودها وأخيرا ما هي موانعها؟

أما عن مدلول أهلية تعاقد للشخص المعنوي فتنص المادة 50من القانون المدني على أنه :" يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان،وذلك في الحدود التي يقررها القانون .

يكون لها خصوصا:

- ذمة مالية.
- أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون."

وبناءا على هذا النص يكتسب الشخص المعنوي في هذا المجلس نفس الصلاحيات الممنوحة للشخص الطبيعي،ماعدا منها ما كان ملازما لصفة الإنسان وتتمثل هذه الصلاحيات بالخصوص في ممارسة الشخص المعنوي لوظيفة التمويل إذا اتخذ المصرف صفة صاحب المال ووظيفة التسيير إذا كان في شكل متمول مثلا بالمضاربة أوالمشاركة، وتأسيسا على هذه العناصر اعترف قانون النقد والقرض للبنوك بمباشرة كل العمليات المتعلقة بتلقي الودائع من الجمهور وكذا القيام بعمليات الإقراض وذلك من خلال المادة 70 التي تنص:" البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66إلى 68 أعلاه ، بصفة مهنتها العادية." [1]

وأما بالنسبة لحدود أهلية التعاقد للشخص المعنوي فتقوم أهلية التعاقد التي يتمتع بها الشخص المعنوي، على مبدأ التخصص المنظم في القانون الأساسي المنشئ له ويقصد بهذا المبدأ ارتباط الشخص المعنوي بالنشاط الذي يسعى إلى إنجازه أعضاء مجلس التمويل ، وفي هذا الإطار لا يمكن للشخص المعنوي اكتساب العضوية في هذا المجلس إذا كان موضوع إختصاصه يتنافى ونشاط عمليات التمويل ومن ذلك مثلا اشتراك عضو معنوي في شكل صاحب مال مع متمول بهدف انجاز مصنع الأحذية في حين أن القانون الأساسي للشخص المعنوي يمنعه من إبرام عقود
الإستصناع، وفي هذه الحالة يبطل العقد لإنعدام أهلية التعاقد للشخص المعنوي.

1- القانون رقم 03-15 المؤرخ في 15 أكتوبر2003 يتضمن الموافقة على الأمر رقم03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003و المتعلق بقانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية لسنة 2003 عدد 52،ص12.

وبالنسبة لموانع أهلية التعاقد للشخص المعنوي فتتمثل هذه الموانع في نص المادة 80 من قانون النقد والقرض والتي تنص على أنه:

" لا يجوز لأي كان أن يكون مؤسسا لبنك أو مؤسسة مالية أو عضوا في مجلس إدارتها وأن يتولى مباشرة أو بواسطة شخص آخر، إدارة بنك أومؤسسة مالية أو تسييرها أو تمثيلها، بأية صفة كانت، أو أن يخول حق التوقيع عنها ، وذلك دون الإخلال بالشروط التي يحددها المجلس عن طريق الأنظمة، لعمال تأطير هذه المؤسسات:

- إذا حكم عليه بسبب ما يأتي:

أ- بجناية.

ب- اختلاس أوغدر أوسرقة أو نصب أو إصدار شيك دون رصيد أو خيانة أمانة.

ج - حجز عمدي بدون وجه حق ارتكب من مؤتمنين عموميين أو ابتزاز أموال أو قيم،

د - الإفلاس.

ه- مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف،

و- التزوير في المحررات أو التزوير في المحررات الخاصة التجارية أو المصرفية،

ز- مخالفة قوانين الشركات.

ح- إخفاء أموال استلمها إثر إحدى هذه المخالفات،

ط- كل مخالفة مرتبطة بالمتاجرة بالمخذرات وتبييض الأموال والإرهاب.

- إذا حكم عليه من قبل جهة قضائية أجنبية بحكم يتمتع بقوة الشيء المقضي يشكل حسب القانون الجزائري إحدى الجنايات أو الجنح المنصوص عليها في هذه المادة.

- إذا أعلن إفلاسه أو ألحق بإفلاس أوحكم بمسؤولية مدنية كعضو في شخص معنوي مفلس سواء في الجزائر أو في الخارج مالم يرد له الإعتبار.

هكذا تشكل هذه الحالات في مجموعها موانع تحد من أهلية الشخص المعنوي في إبرام عقود التمويل.

أ-2- شروط اكتساب العضوية في مجلس عقد التمويل:

إن اعتبار المصرف الإسلامي كعضو في مجلس عقد التمويل دفع بالكتاب المعاصرين إلى الإقرار بمجموعة من الشروط لإكتساب العضوية في هذا المجلس وتتمثل هذه الشروط في شروط متصلة بأصحاب الودائع الإستثمارية وشروط متصلة بالمصرف وأخيرا شروط متصلة بالمستثمر.

أ-2-1- الشروط المتصلة بأصحاب الودائع الإستثمارية:

يفرض عقد التمويل على أصحاب الودائع الإستثمارية الخضوع للشروط التالية:

- أن يتمتع أصحاب الودائع الاستثمارية بأهلية التوكيل، والتي يمنح أصحاب الودائع الإستثمارية بمقتضاها للمصرف، سلطة التصرف باسمهم ولحسابهم بموجب عقد وكالة.

- أن يلتزم أصحاب الودائع الإستثمارية بإبقاء وديعتهم مدة لا تقل عن 6 أشهر، تحت تصرف المصرف فإذا لم يوافق أصحاب الودائع الإستثمارية على هذا الشرط لم يسمح لهم بالعضوية في مجلس عقد التمويل.
-أن يقبل أصحاب الودائع الإستثمارية المضاربة، المشاركة، المرابحة،...مثلا بودائعهم، طبقا لشكل عقود التمويل المطلقة، والتي تترك للمصرف الحرية في استثمار الأموال، وفق ما يراه مناسبا دون وجود قيود تحد من سلطته في توجيه وتنمية الأموال.
-أن يقوم أصحاب الودائع الإستثمارية بفتح حسابات جارية لهم، بالمصرف محل إعادة المضاربة غير أن هذا الشرط الأخير قابل للتغيير تبعا لظروف الإستثمار وحاجة المصرف إلى الودائع ليمول بها عملائه.

أ-2-2- الشروط المتصلة بالمصرف:

يتمتع المصرف بمركز قانوني مزدوج حيث أنه يأخذ شكل المستثمر أمام الودائع الإستثمارية، كما أنه يأخذ صفة صاحب المال أمام المستثمر الثاني، وطبقا لهذا المركز المزدوج الذي يتمتع به المصرف، اشترط بعض الكتاب على المصرف لإكتساب العضوية مايلي:
1- الحصول على إذن كتابي من أصحاب الودائع الإستثمارية ويظهر هذا الإذن عموما في شكل مشارطة متضمنة في عقد التمويل، بين أصحاب الودائع الإستثمارية بصفتهم أصحاب أموال، والمصرف بصفته مستثمر أول يأذن بموجبها للمصرف استعمال أموال الودائع الإستثمارية.[1]
2- إلتزام المصرف وفق اتفاق خاص بينه وبين أصحاب الودائع ، يتحمل الخسارة الناتجة عن استثمار ودائعهم.
3- إلتزام المصرف بتوظيف أموال الودائع الإستثمارية وفق نظام المضاربة أو المشاركة الشرعية وأن يعطيها الأولوية في الإستثمار على أمواله الخاصة، فلا يحق له اللجوء إلى المضاربة بأمواله الخاصة إلا إذا لم تسد الودائع الإستثمارية حاجات التمويل.
4- توفر المصرف على درجة كافية من السيولة والتي تتمثل في حجم الأموال النقدية غير الموظفة والتي تفيض عن حاجته في الحال.
5- ضرورة تحديد المصرف لنسب الأرباح المتعلقة بأعضاء مجلس التمويل.

أ-2-3- الشروط المتصلة بالمستثمر:

تتطلب العضوية في مجلس التمويل ضرورة توفر الشروط التالية في المستثمر:

1- عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص179وما بعدها.

1- أن تتوفر في المستثمر"**الأهلية الائتمانية**" والتي عرفها الأستاذ محسن أحمد الخضيري على أنها جدارة العميل في الحصول على التمويل المطلوب، ومعلوم أن قياس هذه الجدارة مرتبط بحجم الملاءة الإئتمانية للعضو والتي تتناسب مع حجم المخاطر التي يكتنفها قرار منح التمويل المطلوب ومدى إمكانية استرداده.

وبناءا على ذلك فالقصد من الأهلية الإئتمانية بعبارة أكثر وضوح أهلية الحصول على التمويل والمرتبطة أساسا بشخصية العميل ، أو المستثمر فكلما كان العميل يتمتع بشخصية أمينة ونزيهة وسمعة طيبة في الأوساط المالية ، وملتزما بكافة تعهداته، وحريصا على الوفاء بالتزاماته كلما كان أقدر على إقناع المصرف، بمنحه التمويل المطلوب لكن ماهو المعيار المستخدم لقياس أمانة المستثمر ونزاهته؟

إن الإجابة على هذا السؤال أمر صعب من الناحية العملية حيث أن مظاهر الأمانة والنزاهة هي مظاهر نفسية يصعب قياسها، أو وضع معايير دقيقة لها لكن مع ذلك يمكن للمصرف أن يستخدم بعض التقنيات الحديثة للكشف عن حدود هذه الظواهر،ومن ذلك مثلا تقنيات الاستعلام وطريقة جمع البيانات المستقاة من المحيط الإجتماعي والسياسي والإقتصادي للعميل والتي تظهر مثلا في قنوات الإتصال التي يقيمها المصرف مع المنشآت التي سبق للمضارب التعامل بها، أو عن طريق دراسة شهادة مركزية الأخطار الصادرة عن البنك المركزي والتي يمكن من خلالها معرفة مدى انتظام العميل في سداد التزاماته مع البنوك الأخرى.

بالإضافة إلى الأهلية الإئتمانية يشترط في العميل الحصول على الأهلية العلمية،والتي تثبت المعرفة الجيدة للمستثمر بشؤون عقد التمويل الذي يجريه.

2- إشتراط الخبرة والتجربة في طالب التمويل.

3- تقديم أدلة مادية وقانونية من المستثمر تثبت عدم تعرضه لحالات شهر الإفلاس والتسوية القضائية أو جرائم إصدار شيك دون رصيد.

4- سلامة المركز المالي للمستثمر الثاني.

وأخيرا يلتزم المستثمر الثاني بشروط المصرف في تقسيم الأرباح.

ب-المحل في عقد التمويل المتعلق بالملكية:

يتميز المحل في عقد التمويل المتعلق بالملكية بكونه يتألف من رأس المال والعمل والربح فهو بذلك محل مركب، لذلك اشترط جل الفقهاء لكل جزء من أجزاء المحل شروطا خاصة به وهذا حسب الصورة التي يتخذها عقد التمويل لكن الشرط الوحيد والمتفق عليه فقها هو أن يرد محل عقد التمويل على استثمارات مباحة شرعا لذلك سندرس أحكام محل عقد التمويل في كل صورة من صوره.

ب-1-المحل في عقد التمويل بالمضاربة:

يجب توافر مجموعة من الشروط في محل عقد المضاربة منها ماهو متعلق برأسمال

المضاربة ومنها ما يتعلق بالعمل ومنها ما يتعلق بالربح، وهذا ما سنحاول توضيحه بإيجاز:

ب-1-1- شروط رأسمال المضاربة:

وهو المال الذي يدفعه المالك إلى المضارب ليتجر به،وقد اشترط الفقهاء لرأسمال المضاربة عددا من الشروط الغرض منها المحافظة على حق طرفي عقد المضاربة،وعدم الإضرار بواحد منها وإليك هذه الشروط:

- أن يكون رأس المال نقدا مضروبا.
- أن يكون رأس المال معلوما للعاقدين.
- أن يكون رأس المال معينا لا مبهما.
- أن يكون رأس المال عينا لا دينا.
- أن يسلم رأس المال إلى العامل.

ب-1-2- شروط العمل:

العمل هو ركن من أركان المضاربة، ومن ناحية أخرى هو أحد شقيها لأن المضاربة تتألف من شقين: مال من جانب وعمل من جانب آخر.

ولما كان العامل يتصرف في ملك غيره كان لابد من تحديد الإطار العام لتصرفاته حتى لا تعود تصرفاته بالضرر على المالك من ناحية أخرى يعطي حرية الرأي والتصرف ما يسمح له بمزاولة الأعمال التجارية لتحصيل ما عقد العقد من أجله.[1]

وقد وضع الفقهاء للعمل خمس شروط تدور تصرفات العامل داخل المضاربة في إطارها

- أن تكون تجارة.
- أن يستقل العامل بالتصرف.
- أن لا يضيق على العامل بالتعيين والتحديد.
- أن لا يضيق على العامل بالتأقيت.

ب-1-3- الشروط المتعلقة بالربح:

الربح هو ركن من أركان المضاربة وله خمس شروط هي:

- معرفة نسبة ربح كل منهما.
- أن يكون الربح جزءا شائعا بينهما.
- اختصاصهما بالربح.
- الاحتراز من الربح لغير المضاربين.
- اشتراكهما فيه.[2]

ومنه يستحق الربح في المضاربة لرب المال لأنه نتاج ماله، وللمضارب لأنه نتاج عمله، أما الخسارة فيتحملها صاحب المال وحده، إن وقعت بفعل أو حادث خارج عن إرادة المضارب.[3]

1- اسعد بن عزيز بن مهري: شركة المضاربة في الفقه الإسلامي، مطابع جامعة أم القرى، دون طبعة، 1997، ص173.

2- نفس المرجع أعلاه، ص174و246.

3- عائشة الشرقاوي،المرجع السابق ، ص294.

ب-2-المحل في عقد التمويل بالمشاركة:

هي شروط متعلقة برأس المال والربح.

ب-2-1-الشروط المتعلقة برأس المال:

حيث يشترط في رأس المال أن يكون:
-حاضرا: فلا يصح أن يكون دينا ولا مالا غائبا.
- أن يكون معلوم القدر والجنس والصفة منعا للتنازع.
- أن يكون نقدا.
ولا يشترط خلط أموال الشركات وإن كان الخلط أفضل حتى يخرج المال من الضمان الشخصي إلى الضمان المشترك، كما لا يشترط التساوي بين حصص الشركاء ولا في العمل بالشركة.

ب-2-2- الشروط المتعلقة بالربح والخسارة:

- أن يكون العقد واضحا فيما يتعلق بقواعد توزيع الربح تجنبا للخلاف.
-أن يكون نصيب كل شريك من الربح نسبة شائعة منه ولا يكون مبلغا محددا.
- عند حدوث الخسارة فإنه يتحملها جميع الشركاء كل حسب حصته ولا يتحمل الشريك المدير شيئا زائدا عن بقية الشركاء، إلا إذا كانت الخسارة بسبب إهماله أو تقصيره أوتعديه فحينئذ يتحمل هو الخسارة، فهو على سبيل المثال لا يجوز له دفع مال الشركة لغيره ليعمل فيه مضاربة أو وكالة إلا بإذن شريكه، وكذلك لا يجوز له الهبة أو القرض من مال الشركة.[1]

ب-3- المحل في عقد التمويل بالسلم:

نتعرض للشروط المتعلقة بالثمن ثم الشروط المتعلقة برأس المال.

ب-3-1- الشروط المتعلقة بالثمن:

- أن لا يكون مما يجري ربا النسيئة بينه وبين المسلم فيه نحو أن يسلم ذهبا أو فضة أو عملات ورقية في ذهب أو فضة أو عملات ورقية لأن البيع في هذه الأنواع الثلاثة صرف، والصرف لابد فيه من التقابض في مجلس العقد.
- أن يكون الثمن معلوما ببيان جنسه ونوعه وقدره وأوصافه.
- أن يجري تسليم الثمن في مجلس عقد السلم.[2]

1- أبو عبد الباسط، المرجع السابق، ص85.
2- محمد سليمان الأشقر: عقد السلم، المرجع السابق ، ص191و193.

ب-3-2- الشروط المتعلقة برأسمال السلم:

يشترط غالبية الفقهاء في رأسمال السلم أن يتوافر على المواصفات التالية:

- بيان جنسه.
- بيان نوعه.
- بيان صفة رأسمال السلم.
- بيان قدره.
- أن يكون مقبوضا في مجلس العقد وهو شرط لبقاء السلم صحيحا.[1]

ب-3-3-الشروط المتعلقة بالمبيع:

يشترط في المبيع الشروط التالية:

1- ألا يكون عينا معينة كأن يسلم إلى زيد من الناس في سيارته الخاصة، لأن المعين قد يهلك قبل الأجل فيستحيل تسليمه فيكون غررا ولأن المعين إذا بيع لم يجز اشتراط تأخير قبضه عند الأكثرين.

ولا يجوز في المسلم فيه حصره بأن يكون من نتاج فلان لحديث" عبد الله بن سلام أن النبي –صلى الله عليه وسلم- اشترى من اليهودي فقال اليهودي :عندي ثلاثمائة دينار بسعر كذا وكذا من حائط بني فلان فقال النبي- صلى الله عليه وسلم-: بسعر كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا وأما من حائط بني فلان فلا".[2]

وهناك من اقترح إعادة النظر في هذا الشرط لأنه لا يتماشى مع العصر الحالي.

وعلى هذا فلا بد من أن يكون المسلم فيه دينا في الذمة كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمزروعات والمصنوعات.

2- أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها، كالحبوب والثمار والدقيق، أما ما لا يمكن ضبطه فلا يصح السلم فيه منعا للنزاع ومن أمثلة ما لا يمكن ضبطه بالوصف: الجواهر، اللآلئ النفيسة لأنها تختلف اختلافا بينها في الوزن والكبر والشكل ودرجة الصفاء ، ومن ذلك الأراضي والدور لايجوز السلم فيها لأنها تختلف باختلاف الموقع ومدى الصلاحية للبناء أو الزراعة.

3- أن ينص في العقد على كل ما يرفع الخلاف في المسلم فيه من الأوصاف عند تقبيضه فلابد أن يذكر الجنس ، النوع ، مقدار الجودة ، درجة النقاوة ، اللون.

---

1 - مجد الدين عزام: "بيع السلم" – مجلة البنوك الإسلامية - عدد 30 ، سنة 1983، ص37.

2- رواه ابن ماجة وغيره.

3- بيان مقدار المبيع بأن يبين في العقد عدد الوحدات ويحدد الوحدة القياسية التي يجري البيع على أساسها.
5- أن يكون مؤجلا إلى أجل معلوم فالفتوى عند الحنفية أن الأجل لا يجوز أن يقل عن شهر.
6- أن يكون المبيع مما يغلب الظن على وجوده في الأسواق عند الأجل.
7- أن يعين في العقد مكان تسليم المسلم فيه.
8- اشتراط الظاهرية في المسلم فيه أن يكون مما يباع بالكيل أوالوزن.[1]

ب-4-المحل في عقد المرابحة:
ينقسم المحل في عقد المرابحة إلى الثمن، الربح،رأسمال،المبيع، لذا سنوجز شروط كل منها:

ب-4-1- شروط الثمن:
1- أن يكون الثمن الأصلي الأول الذي اشترى به البائع معلوما للمشتري الثاني ويشمل هذا الثمن ما تحمله البائع من نفقات ومصاريف لازمة لحصوله على البضاعة وهذا شرط أساسي لصحة بيع المرابحة فإن لم يكن الثمن معلوما للمشتري الثاني كان العقد فاسدا.
2- أن يكون الثمن نقدا فلا يجوز بيع السلعة بمثلها أي تمرا بتمرأوقمحا بقمح.

ب-4-2- شروط الربح:
يشترط أن يكون الربح معلوما للمشتري الثاني لأنه جزء من الثمن الذي اتفق عليه سواء اتخذ هذا الربح شكل مبلغ معين يضاف إلى سعر الشراء أو اتخذ شكل نسبة مئوية من سعر الشراء ويضاف إليه خاصة أن بعض الدول عادة ما تتدخل في تحديد هوامش الربح من خلال نسبة مئوية من سعرأو تكلفة الشراء تضاف إليه ويتم البيع بموجبها.

ب-4-3-- شروط رأس المال:

يشترط أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال وهو أحد شروط جواز المرابحة على وجه الإطلاق بمعنى أن يكون له مثيل كالمكيلات والموازين والعدديات.

ب-4-4- شروط المبيع:
يشترط أن يكون المبيع أو البضاعة موجودة عند البائع حال إبرام عقد البيع أي يكون حائزا للسلعة ومالكا لها ويقدر على تسليمها للمشتري لأن عقد البيع بالمرابحة يقوم على البيع الحاضر.[2]

1- محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية، المرجع السابق، ص194-201 بالتصرف.

2- محسن الخضيري، المرجع السابق،ص122 و123 بالتصرف.

ب-5- المحل في عقد الإستصناع:

ويضم المحل في عقد الإستصناع الشيء المستصنع والثمن ولذا سنوجز شروط كل منهما:

ب-5-1- شروط الشيء المستصنع:

يشترط في الشيء المستصنع أن يكون قد جرى العرف على التعامل في مثله استصناعا لأن وجه إستثناء الإستصناع من بيع المعدوم هو التعارف،فما لم يتعارف على استصناعه على أصل المنع لأن التعامل دليل الحاجة.
لكن بخصوص هذا الشرط يرى العلامة الشيخ مصطفى الزرقا" أنّ الإنفجار الصناعي الهائل الذي يشهده العالم في العصر الحاضر جعل الإستصناع متعارفا في جميع الأشياء وأنه لا داعي لاعتبار هذا الشرط الآن."
وهناك من يرى أنه يجب الإعتداد فقط بمعيار الحاجة الذي يحدد ما يدخله الإستصناع،وتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديدا وافيا.
وإشترط أبو حنيفة أن لا يذكر في العقد أجل فإن ذكر أجلا انقلب إلى عقد سلم ولزم فيه مراعاة شروط السلم وأحكامه.[1]

أما في عصرنا الحاضر فقد دخل الإستصناع في مصنوعات ضخمة هائلة باهضة التكاليف كالطائرات والبواخر والعمارات مما قد يحتاج إنشاؤه إلى سنتين، ولذا ذهب جمهور فقهاء العصر ومجمع الفقه الإسلامي إلى أنّه يجوز ذكر الأجل بل يجب حسما للنزاع.
وعموما يجب أن يكون الشيء المستصنع (المعقود عليه) معلوما ببيان جنسه ونوعه وقدره.

ب-5-2- شروط الثمن:

لا يجب في عقد الإستصناع تعجيل الثمن بل يجوز تعجيله ويجوز تأخيره إلى وقت القبض أو بعده، ويجوز تقسيطه وهو في ذلك على خلاف عقد السلم فيجوز فيه تعجيل الثمن أو بعضه أوتأخير كل الثمن.[2]

1- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 200
2- نفس المرجع ، ص 202 بالتصرف.

2- الشروط الموضوعية الخاصة لعقد التمويل:

نجد أن مجال الشروط الموضوعية الخاصة في عقد التمويل المتعلق بالملكية ينحصر في عقدي المضاربة و المشاركة لذا نجملهما فيما يلي:

أ- ركن النية (المضاربة أو الإشتراك):

عرفها السيوطي : " النية عبارة عن إنبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أودفع ضر، حالا أو مالا والشرع خصصه بالإرادة المتجهة نحوالفعل."

كما يرى الفقيه ابن قدامة أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ب- ركن الإشتراك:

يقوم عقد المضاربة والمشاركة على ركن الإشتراك حيث يشترك صاحب المال بحصة من مال والمضارب بحصة من عمل أما في عقد المشاركة فكلاهما يشترك بحصة من مال ، أما عن الحصص فحصص أطراف عقد المضاربة فإنه ليس من الضروري أن تكون حصص الأعضاء متساوية في القيمة أو متجانسة في النوع لأن الأصل فيها أن العمل من جانب والمال من جانب آخر.

بالإضافة إلى ذلك يحقق ركن الإشتراك فائدتين عمليتين هما:

- إحلال علاقة الإشتراك بين أطراف المضاربة محل علاقة الدائنية، وبذلك ينفرد عقد المضاربة عن عقد القرض رغم أن كلاهما عقد مالي.
- ثبوت صفة الشريك للمضارب ويترتب عن هذه الصفة حق المضارب في الحصول على الأرباح وتساوي المضارب مع صاحب المال حيث أن المضارب شريك وليس أجير.

ج- ركن اقتسام الأرباح والخسائر:

تقوم المضاربة على ركن اقتسام الأرباح دون الخسائر حيث أن الخسائر المالية يتحملها صاحب المال فقط، أما بالنسبة لعقد المشاركة فيخالف المضاربة في الاتفاق على اقتسام الأرباح والخسائر مسبقا وهذا ما يحقق المساواة بين صاحب المال والمتمول.[1]

ثانيا- الشروط الشكلية في عقد التمويل المتعلق بالملكية:

بما أنه عقد في أصله ينصب على حق الملكية فبالتالي يؤدي في نهايته إلى انتقال الملكية من الطرف الممول (البنك) إلى الطرف الآخر المتمول (المستثمر)، سواء انصب

1- عجة الجيلالي، المرجع السابق،ص 224.

التصرف القانوني على منقول أو عقار، أما بالنسبة لهذا الأخير، فيتضح من نص المادة 324 مكرر أنه كل التصرفات التي ترد على العقارات على اختلاف أنواعها وعلى المؤسسات الصناعية والشركات، يجب أن تحرر في الشكل الرسمي، علاوة على العقود التي يخضعها القانون إلى الشكل الرسمي، والمقصود بالشكلية في هذا المقام هي كل من الكتابة الرسمية والشهر القانوني.[1]

1- الكتابة الرسمية:

إن الكتابة الرسمية التي يقتضيها القانون ضرورية وملازمة لإنشاء التصرف القانوني وهي تحت طائلة البطلان، وفي هذا قرار المحكمة العليا-الغرفة المدنية- :
" يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان."[2]
وكذلك قرار المحكمة العليا-الغرفة التجارية والبحرية-:"حيث أنه وإن كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545من القانون التجاري من عدم إفراغه في الشكل الرسمي فإنه كان يتعين عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان بقصد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها من قبل، عملا بالمادة 103من القانون المدني."[3]
ومنه لما كان مآل عقد التمويل انتقال الملكية العقارية أو المنقولة استوجب أن يتم في قالب رسمي خاصة إذا تعلق الأمر ببيع عقار مثلا(سلم،مرابحة..) وإلا تعرض العقد للبطلان، أما إذا كان البائع (البنك الإسلامي) قد سلم العقار المبيع إلى المشتري، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم بمرور 15 سنة من إبرام العقد، جاز للبائع أن يرفع دعوى استحقاق دعوى تثبت الملكية يسترد بها العقار موضوع المطالبة القضائية لأن دعوى الاستحقاق لا تتقادم.[4]
ومنه بالرغم من كون عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد رضائي إلا أنه هناك شكلية ملازمة له تتمثل في ركن الكتابة، ولعل وراء إقرار الكتابة في عقد التمويل أسباب ترجع إلى:
- أهمية العناصر المالية للعقد على أطرافه من جهة وعلى الخلف العام من جهة ثانية وعلى الخلف الخاص من جهة ثالثة وعلى المجتمع الإسلامي من جهة رابعة وأخيرة.

1- ميدي أحمد: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2001-2002،ص76،75.

2- قرار المحكمة العليا-الغرفة المدنية-بتاريخ 9-11-1994-ملف رقم103656، نشرة القضاة، عدد51 لسنة 1997،ص67.

3- قرار المحكمة العليا-الغرفة التجارية والبحرية- ملف رقم 58829 بتاريخ 9-7-1989 ، المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1991،ص80.

4- نسيمة حشود : الشكلية في البيع العقاري ، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2003 ، ص 85.

- إحتواء عقد التمويل على شروط كثيرة ومعقدة لا يمكن لذاكرة الأطراف الإحتفاظ بها.
- طول مدة العقد حيث أن عقد التمويل بمختلف صوره هو عقد استثمار كما تقدم سابقا قد يدوم لسنوات طويلة.

وما لاحظناه أنه بعد الإستعمال المصرفي لعقد التمويل جرى العمل في هذه المصارف الإسلامية عموما ومصرف البركة خصوصا على طبع نماذج عقود التمويل التي تعودوا على إبرامها بعد دراسة الشروط المطلوبة والالتزامات المقبولة ويتركون على بياض الخانات الخاصة بالشروط القابلة للتغير وفق الظروف.
ونظرا لأن عقد التمويل المتعلق بالملكية كما تدل عليه تسميته يؤدي إلى انتقال الملكية فيشترط بذلك فيه الكتابة الرسمية ويدخل تحت طائلة المادة 324 مكرر1 مدني والتي تنص:" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارأو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها..."
ففي إطار بيع السلم مثلا وبرجوعنا لتقنين الموجبات والعقود اللبناني نجده ينص في المادة 487:" ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة."[1] ، هذا يدل على إشتراط الكتابة للإنعقاد والإثبات معا.

2- إجراءات الشهر:

إذا كان العقد يلزم المتعاقدين دون غيرهما، فإنّه يسري كذلك في حق الغير، بمعنى أنّه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين ليمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير[2] ولفائدته، وفي بعض الحالات الخاصة يحول إغفال الشهر دون ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسيهما، كما نصت على ذلك المادة 793 من القانون المدني :"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."[3]
وبالتالي إذا انصب عقد التمويل على عقار فإنه يخضع للشهر ويتم هذا الإجراء حسب ما تحدده القواعد العامة للشهر العقاري.
لكن وما لاحظناه غموض عمليات شهر عقود التمويل على مستوى بنك البركة مثلا لأنه يبادر بهذا الإجراء إلاّ إذا رأى أن مركز المدين حساس يتطلب ضرورة القيام بالشهر، وفي ذلك كله تهرب من مصاريف إجراءات الشهر التي تعد عبئ على البنك.

1- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص224.
2 - Patrice Jourdain : Droit civil / les biens, édition Dalloz, Delta 1995, p70.

3- علي فيلالي، المرجع السابق،ص244،243.

الفرع الثاني: ضمانات انعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية

إن فكرة الضمان وجدت لتفادي بعض المخاطر المصرفية التي تؤثر كثيرا على كيان وتواجد المصارف عامة والمصارف الإسلامية خاصة وينصب الضمان على ضمان مبلغ التمويل، نسبة الربح وكذا النفقات والمصاريف.

فالقاعدة المتبعة في المصارف الإسلامية أن" **كل تمويل يقابله ضمان**" وذلك نظرا للمخاطر المصرفية، لذا السؤال الذي يثور في هذا المقام:

ماهو أساس إلزامية تقديم العميل المستثمر للضمانات ؟وما المقصود بالمخاطر المصرفية وفيما تكمن وسائل تداركها؟

وسنحاول الإجابة عن ذلك من خلال الفقرتين التاليتين:

أولا:أساس إلزامية تقديم الضمانات

تشترط البنوك التجارية عامة والإسلامية خاصة تقديم الضمانات الكافية لتفادي حالة إعسار المستثمر أو بعض المخاطر التي يواجهها كخطر عدم التسديد أو خطر التجميد.

1- المخاطر المصرفية:

يجب على المصرفي عند اتخاذ قرار منح الإئتمان محاولة الجواب على السؤال الذي يشغله بصفة دائمة: هل الإئتمان الممنوح يسدد وإذا كان هذا هو الحال هل يكون في الآجال المتفق عليها بين الطرفين؟

يبين هذا السؤال أن المصرفي أثناء عملية التمويل يتعرض لخطرين أساسيين:

- خطر عدم التسديد.
- خطر التجميد.

وهذا ما سنحاول توضيحه بايجاز فيما يلي:

أ- خطر عدم التسديد:

يعتبر عدم تسديد قسط تمويل ممنوح ومستعمل خسارة تامة بالنسبة للمصرفي ويمكن أن يكون نتيجة:

- عدم معرفة أو معرفة سطحية بالعميل.
- التقدير السيئ لحاجيات التمويل المصرحة من طرف طالب التمويل فيما يخص:
  - نوع الإئتمان المطلوب.
  - أهمية المبالغ.
- التقدير الخاطئ للسوق (قطاع نشاط في نمو، ركود،...)
- التقدير الخاطئ لقدرات التسديد كما تظهر من خلال تحليل نقدي لحسابات نهاية النشاط، أما إذا كانت عملية جديدة: ميزانية الافتتاح، الحسابات التقديرية، حسابات الإستغلال التقديري، مخطط التمويل.[1]

1- ملتقى المصارف والقضاء، المرجع السابق، ص10 وما بعدها.

ويجب أن يأخذ التحليل بعين الإعتبار خاصة:
- الهيكل المالي للعملية(تحليل مقارن للبنود المهمة للميزانية لعدة نشاطات محاسبية).
- الهامش الخام المحقق.
- نتاج نهاية النشاط.
- استحالة تحقيق الضمانات المحصلة.

ب- خطر التجميد:

يمكن أن لا يتم تسديد الإئتمان في الآجال المتفق عليها في حالة التقدير الخاطئ لقدرات التسديد أو لعدم احترام الإلتزامات المتخذة من طرف المستفيد من التمويل.

وعلى هذا فإن تأخر التسديدات يترتب عليه عدة نتائج ، فبالنسبة للمصرفي اختلال في تقديره لدخول الإيرادات مما سيؤثر على تقديراته في مجال السيولة.

أما بالنسبة للمستفيد من الإئتمان فيكمن في ارتفاع في كلفة الأموال، هذا الارتفاع ناتج عن التكاليف المالية المرتبطة بالائتمان.

يوجد نوع آخر من المخاطر يمكن أن يؤثر سلبيا على تسديدات الإئتمان والتي يكون المصرفي أمامها عاجزا وهي الحالات التي لا يمكن التحكم فيها نذكر من بينها:
- حادث ما يؤثر على الحياة المالية للمؤسسة.
- أزمة إقتصادية وطنية تصيب قطاع النشاط الذي تنشط فيه المؤسسة الممولة.
- انخفاض سعر العملة الوطنية...إلخ.

2- وسائل تدارك أخطار عدم التسديد أو تجميد الإئتمانات:

هناك تصور عام مفاده: بما أن طالب الإئتمان في إستطاعته تقديم ضمانات عينية و/أو شخصية تناسب المبلغ المطلوب في التمويل ، بصفة أوضح فإن الضمانات العينية و/ أو الشخصية المقدمة (دون أي إعتبارات أخرى والتي ليست أقل أهمية) تعتبر العامل المحدد لقبول أو رفض طلب الإئتمان.

هذه نظرة خاطئة ولا تتلاءم بأي حال من الأحوال مع نظرة المصرفي،لأن الضمانات العينية و الشخصية ما هي إلا ملحقات للإئتمان ولا تشكل العنصر الأساسي لهذا الأخير.

فعند تمويل مؤسسة، يمكن أن تكون الضمانات المطلوبة أقل في القيمة من الإئتمان الممنوح وحتى غير المطلوبة أصلا لأن الإئتمان بالنسبة للمصرفي لا يمنح على أساس الضمانات التي يمكن الحصول عليها وتحقيقها ولكن على أساس مردودية النشاط وقدرات التسديد للمؤسسة الممولة.

هذه النظرة تبين أن المصرفي يبحث عن المخرج العادي للإعتماد الممنوح.

لقد أشرنا أنه على المستفيد من التمويل تقديم ضمانات إذن التساؤل الذي يطرح فيما تتمثل هذه الضمانات؟

ثانيا- أنواع الضمانات

عادة ماتكون الضمانات المطلوبة من قبل المصرفي مرتبطة بطبيعة التمويل الممنوح بحيث يتناسب مدى قابلية الضمان للتسيل (أي لتحويله إلى نقود) مع أجل استحقاق الدين،وهكذا فإن الإئتمان الموسمي لا يتطلب رهنا عقاريا مثلا.

ولكن المصارف أصبحت تطالب أكثر فأكثر بضمانات عقارية في مقابل التمويلات القصيرة المدى بسبب ضعف الضمانات الأخرى وقابليتها للتسيل باستثناء الضمانات المالية.

وتنقسم الضمانات إلى: ضمانات ماقبل التعاقد وهي الضمانات العينية والشخصية وكذا ضمانات تعاقدية وهي الشرط الجزائي كضمان لتنفيذ عقود التمويل المتعلقة بحق الملكية.

أ- ضمانات ما قبل التعاقد:

يعد الضمان المادي الذي يقدمه العميل من أهم العناصر المؤثرة على إتخاذ القرار الإئتماني، لذا جرى التعامل المصرفي عند طلب المستثمر للتمويل ضرورة تقديمه للضمانات بغرض التنفيذ عليها عند إعساره، وهناك من يرى أنها تكون على شكل عقود تبعية.[1]

وتنقسم بدورها إلى ضمانات عينية وأخرى شخصية.

أ-1- الضمانات العينية:

الضمان العيني هو تخصيص مال متقدم لتأمين تسديد الدين ويمكن أن يكون هذا المال نقديا أو ورقة تجارية أو مالا منقولا أو عقارا، وتتمثل أهم الضمانات العينية فيما يلي:

- الرهن الرسمي.
- الرهن الحيازي على المحل التجاري بمفرده أو موسعا للمعدات.
- الرهن الحيازي على المعدات والتجهيزات.
- الرهن الحيازي على السلع.
- الرهن الحيازي على السندات.
- الرهن الحيازي على الديون.[2]

هذه الرهون تخضع للقواعد العامة المحددة في القانون حسب كل نوع منها ويعتبر البنك

1- Anne Laude : financement des entreprises et droit des obligations ; colloque organisé à l'occasion du 20eme anniversaire de l'institut de droit des affaires d'aix en Provence 27 juin 1992 ;p93.

2- ملتقى المصارف والقضاء، ص22-27.

طرفا ممتازا،كما يضيف بعض الفقهاء حق الحبس كضمان عيني[1] يمكن للبنك تلقيه من عميله، لكن ما يهمنا في هذا الإطار هو تسليط الضوء على أهم المشاكل التي تعترض البنوك الإسلامية في هذا المجال وهذا ما سنوضحه كالتالي:

أ-1-1- الإشكالات القانونية المتعلقة بالضمانات العينية وممارسة الإمتيازات:

لقد كرس قانون النقد والقرض صلاحية البنوك والمؤسسات المالية في تخصيص الضمانات عن طريق العقود العرفية(بمعناها الواسع المذكور أعلاه) ماعدا العقارات التي تتطلب رهنا رسميا أو قانونا كما سيأتي بيانه وهذا ما توضحه المادة123من قانون النقد والقرض بقولها: " يمكن أن يتم الرهن الحيازي للمحل التجاري لصالح البنوك والمؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل قانونا.
يتم تسجيل هذا الرهن وفقا للأحكام القانونية المطبقة في هذا المجال."

كما أن المادة 124من نفس القانون والآتي نصها:" يمكن للبنوك والمؤسسات المالية إذا لم يتم تسديد المبلغ المستحق عليها عند حلول الأجل وبغض النظر عن كل إعتراض وبعد مضي 15 يوما ، بعد إنذارمبلغ للمدين بواسطة عقد غير قضائي، الحصول عن طريق عريضة بسيطة موجهة إلى رئيس المحكمة على أمربيع كل رهن مشكل لصالحها ومنحها بدون شكليات حاصل هذا البيع تسديدا للرأسمال والفوائد وفوائد تأخيرومصاريف المبالغ المستحقة.
وكذلك الأمر في حالة ممارسة البنوك والمؤسسات المالية للإمتيازات المخولة لها بموجب النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها، حول السندات أو العتاد أو المنقول أو البضائع.
كما تطبق أحكام هذه المادةعلى ما يأتي:
- الأملاك المنقولة التي يحوزها المدين أو الغير لحساب المدين.
- الديون المستحقة التي يحوزها المدين على الغير وكذا على جميع الأرصدة الموجودة في الحساب."

نجد هذه المادة تخول للبنوك إمكانية الحصول على أمر على ذيل عريضة ببيع كل مال مرهون لها بعد مرور15 يوما من إنذار المدين بعقد غير قضائي وذلك وبالرغم من أي اعتراض.

1- Philippe Simler et Philippe Delebecque : Droit civil-(les sûretés, La publicité foncière) ; achever d'imprimer sur les presses de l'imprimerie chirat ; 2 eme édition ; 1995 ;p18.

ولكن البنوك تواجه عمليا بعض العراقيل في ممارسة هذه الإمتيازات القانونية التي منحها المشرع و منها على وجه الخصوص:[1]

أ-1-2- إشكالية الفراغ القانوني في مجال رهن السيارات:

لا يوجد نص في التشريع الجزائري يمكن أن يشكل مرجعا قانونيا لممارسة الرهن على السيارات التي تعمل بها العديد من البنوك في تمويل شراء وسائل النقل، إذ أن المبدأ العام من الرهن كما يكرسه القانون المدني يشترط لصحة الرهن حيازة الدائن المرتهن للشيء المرهون والإستثناءات التي أدخلها القانون التجاري على هذا المبدأ بإقراره للرهون الحيازية على المحلات التجارية و/أو المعدات والتجهيزات[1] يعفي صراحة وسائل النقل من مجال تطبيق هذا الإستثناء في المادة168 تجاري:" لا تخضع لأحكام هذا الفصل(الفصل الثامن: الرهن الحيازي للأدوات والمعدات الخاصة بالتجهيز)، السيارات والبواخر والمركبات الجوية."

وعليه فإن هذه الممارسة الشائعة والمتعارف عليها بين البنوك تفتقر إلى نص قانوني كفيل بإثبات صفة الدائن المرتهن على البنك الممول وتغطية إمكانية حجز السيارات أو العتاد المتنقل لتحصيل ديونه.

ومن ثم يقترح مسؤولو بنك البركة الجزائري إدخال إستثناء في القانون المدني خاص برهن السيارات (ضمن أحكام الرهن الحيازي) لكيلا يشترط فيه الحيازة أو إخضاع السيارات لأحكام الرهن الحيازي على المعدات والتجهيزات(إلغاء المادة168تجاري).

أ-2- الضمانات الشخصية:

وتتمثل في التزام شخص في الحلول محل المدين الأصلي في حالة تخلف هذا الأخير عن تسديد دينه، ويمكن أن يأخذ هذا النوع من الضمان شكل الكفالة الشخصية أوالضمان الإحتياطي على أوراق تجارية لذا يجدر توضيح بعض الجوانب المتعلقة بالكفالة والضمان بوصفهما من الضمانات الشخصية التي تخصص لتأمين التمويلات والتسهيلات المصرفية.

ويلتزم الكفيل أو الضامن الإحتياطي بتحمل الدين المضمون على ذمته الخاصة في حالة تخلف المكفول أو المضمون احتياطيا عن الوفاء بالتزاماته بحيث يمكن للبنك الدائن أن يرجع عليه بعد رجوعه على المدين الأصلي أو موازاة مع ذلك.

1- ملتقى المصارف، المرجع السابق ،ص28.

ومن ثم يتعين على المصرفي أن يتأكد من ملاءة الكفيل أو الضامن الإحتياطي بتحديد ممتلكاته ووضعها الجغرافي والقانوني وقيمتها ليتمكن عند الاقتضاء من استرجاع دينه بالرجوع عليها باتباع الإجراءات القضائية الملائمة.

ولكن ما يجب التنبيه له في هذا الشأن هوأن الضمانات سواء كانت شخصية أو عينية ليست هي المعيار الأساسي الذي يراعيه المصرفي عند اتخاذ قرار التمويل.

إذ أن الدراسة تنصب أولا على تحليل المشروع وتقييم مردوديته وأخلاقيات العميل وملائته،إذ أن البنك لا ينتقل إلى دراسة الضمانات إلا بعد تأكده من جدوى المشروع الممول ومربوحيته ، **فالضمان ليس إلا تابعا للتمويل** لا مبررا له،كما أنه يمكن للمصرفي الاستغناء عن طلب الضمان العيني في حالة إطمئنانه لمردودية المشروع وأخلاقيات صاحبه دون أن يكون ذلك مخالفة قانونية بشرط أن يكون قرار التمويل مبنيا على تحليل دقيق ودراسة موضوعية دقيقة لمخاطر المشروع.

لكن قد يتساءل البعض عن مدى ملائمة الضمانات التي يقدمها العميل لمبلغ التمويل الذي يريد الاستفادة منه؟ وهذا ما سنحاول ايجا زه فيما يلي.

أ-3- حقيقة الضمانات المقدمة للإستفادة من التمويل:

بالرجوع للمعاملات التي يجريها بنك البركة الإسلامي نجد أنه يتحصل على ضمانات تفوق مبلغ التمويل المراد الحصول عليه من طرف المستفيد أو العميل.

ومرد ذلك أن البنك يتخذ احتياطاته فيما يخص مقدار الضمانات فيطالب بضمانات تفوق مبلغ التمويل حتى يتفادى انخفاض العائد من التنفيذ على الضمانات بالمزاد العلني أو أن ذلك الضمان تعرض للتلف بسبب قوة قاهرة(فياضانات، حرائق، زلازل...).

فإذا اعتبرنا أن الضمان المقدم عقار يقدر ثمنه بمليون دج فإنه إذا بيع بالمزاد العلني في إطار التنفيذ على الضمانات فإن البنك يستفيد من مبلغ أقل من مبلغه الحقيقي.[1]

وبذلك فإن البنك يأخذ كل احتياطاته عن طريق اشتراط هذه الضمانات لتفادي الوقوع في خسائر خاصة وأنه لا يأخذ ولا يتعامل بالفوائد وهذا حتى يحافظ على رأسماله وحصته في الأرباح.

هذا على خلاف ما نجده في التأجير التمويلي(الإعتماد الإيجاري) الذي تستعمله البنوك الإسلامية حيث يمتاز هذا الأخير بالحد من تكلفة الضمانات وذلك لأنه يوفر ميزة مهمة تتلخص في إعفاء المستأجر من تقديم ضمانات مصرفية مكلفة على نحو ما هو متبع في حالة التمويل المصرفي التقليدي، إذ في هذه الحالة يكتفي بملكية الأصول للمؤجر كضمان يمكنه من استعادتها إذا ما أخل المستأجر بشروط العقد.[2]

1- مقابلة مع المكلف بالمنازعات القانونية ببنك البركة- وكالة بئر خادم- يوم 4 مارس2004 على الساعة العاشرة والنصف صباحا.

2- مدحت صادق: أدوات وتقنيات مصرفية، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع-القاهرة- الطبعة الأولى، 2001، ص63.

وهذا فضلا عن أن تبعة التأمين غير متوافرة في الإعتماد الإيجاري لأن الضمانة المتمثلة في الملكية ليست تابعة للدين، لأن الطابع التبعي يفترض أن يؤدي دفع الدين إلى انقضائه وبالتبعة ينقضي معه الضمان الذي ضمنه فحتى لو استوفى البنك المؤجركل دينه من المستأجر فإن الملكية لا تنقضي، ويبقى البنك المؤجر مالك للأصل، وتنتقل هذه الملكية إلى المستأجر في حالة واحدة وهي إستعماله لحقه في خيار الشراء، فالملكية هنا مرتبطة بصفة المؤجر وليس بدينه، ومنه فحق الملكية الذي يحتفظ به المؤجر هو بمثابة ضمان.1

ب- الضمانات التعاقدية(الشرط الجزائي):

بتفحصنا الدقيق لعقود التمويل المتعلقة بالملكية نجدها تتضمن شروط جزائية يفرضها البنك على المدين بالإلتزام كضمان للوفاء بالتزاماته الناشئة عن عقد التمويل بمختلف صوره.

ومنه فالمقصود بالشرط الجزائي عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

" اتفاق يقصد منه المتعاقدين سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين إلتزامه أو إذا تأخرالمدين في تنفيذ إلتزامه."

ومنه فرض الشرط الجزائي كعقوبة عند التأخر في تنفيذ الإلتزامات أو عدم تنفيذهادون مبرر شرعي، حيث يكون الإتفاق عليه بين البنك الإسلامي والعميل البداية.

وقد أدى ظهوره وإنتشاره ما حدث في أواخر عهد الدولة العثمانية من اتساع في التجارة الخارجية مع أوربا وتطور أساليب التجارة الداخلية فتولدت عن ذلك أنواع من الحقوق لم تكن معهودة مما أدى إلى انتشار عقود الإستصناع مثلا وقد احتاج كل طرف إلى الإستيثاق من وفاء الطرف الآخر بالتزاماته، فنشأت الرغبة في دفع كل طرف إلى الحرص على الوفاء بالتزاماته،فكان الشرط الجزائي الوسيلة الفعالة إلى ذلك.

ويرى الدكتور محمد سليمان الأشقر أن الشرط الجزائي لا يناقض العقد، ولأن الأصل في الشروط الجواز مادامت لاتتناقض مع مقتضى العقد وفيها مصلحة لأحد الطرفين وفي هذا الشرط مصلحة لمشترطه وهو شرط لا يحل حراما ولا يحرم حلالا فقد يكون التأخير سببا لتضيع مصالح المستصنع أو الصانع ففي أخذ هذا المال تعويض له.

1- راضية أمقران:ضمانات البنك في مجال الإئتمان، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001، ص211.

وقد يستأنس لجوازه بما جاء في صحيح البخاري أن ابن سيرين روى أن رجلا قال لآخر استأجره بركابه ليوصله إلى بلد آخر:"ادخل ركابك،فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج." فقال شريح:" من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه."وقال أيوب عن ابن سيرين:أن رجلا باع طعاماوقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع فلم يجيء فقال شريح:"أنت أخلفت" فقضى عليه.[1]

ومنه وكقاعدة عامة فإن ضمانات القروض البنكية (عقود التمويل المتعلقة بالملكية) هي ذاتها الضمانات التي يتخذها كل مدين إزاء مدينه، فالضمان هو الذي يزرع الثقة بين البنك والعميل، والبنوك الإسلامية تأخذ ببعض الضمانات التي تأخذ بها البنوك التقليدية دون البعض الآخر، لأن البنوك الإسلامية ليس من أهدافها الأساسية عمليات الإقراض وإن كانت تلجأ إليها من وقت لآخر، إذا ما ارتأت أهمية المشروع وحيويته بالنسبة للأفراد، كذلك تستبعد البنوك الإسلامية مبدأ الفوائد الذي يعتبر الدافع الرئيسي للقروض في البنوك التقليدية.[2]

فإذا كان الشرط الجزائي الذي يفرضه البنك لا يستطيع المستثمر التنصل منه فإنه خلافا لذلك ففي عقد التمويل بالإعتماد الإيجاري فإلى جانب أن الشروط المسماة بالشروط الخاصة أو المميزة والمخالفة للشروط العامة يتم تقريرها بعد مفاوضات ومناقشات فيكون بوسع المستأجر التنصل منها إذا كانت مرهقة في جانبه، فهذه الإمكانية لا يتيحها عقد التمويل المتعلق بالملكية.[3]

ويرى بعض الفقهاء أن قيام بعض البنوك بوضع شرط جزائي في حالة تأخر العميل عن السداد لأي سبب من الأسباب أنه ربا محرم وهو ماورد الشارع بالنهي عنه وهو ربا النسيئة، وقد صدر بذلك قرار مجمع عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة في جدة 17-23 شعبان 1410ه الموافق ل 14-20مارس1990 مايلي: " إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط على الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة عن الدين بشرط سابق أو بدون شرط لأن ذلك ربا محرم."4

1- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص218-219.
2- أبو زيد علي المتيت ، المرجع السابق ص4.

3-El Mokhtar bey : crédit-bail immobilier ;j.c.p :Banque,Crédit,bourse, fasc652 , 2001,p6

4- علي بن محمد الجمعة:الشرط الجزائي في البنوك الإسلامية، مقال منشور على العنوان الإلكتروني: http:// www.t1t.net/Ali1.htm يوم 2005/1/28 على الساعة 2 زوالا.

المطلب الثاني: الرقابة على تنفيذ عمليات التمويل وتحصيل الضمانات

يعتبر بنك البركة الجزائري أحد البنوك الإسلامية التي تمارس نشاطها المصرفي تحت ظل نظام مصرفي تقليدي، وبالتالي فهو يخضع للسلطة النقدية في الجزائر ممثلة في بنك الجزائر.

ونظرا لكون بنك البركة إسلامي فهو خاضع للرقابة الشرعية كغيره من البنوك الإسلامية، ومن التساؤلات التي تثار في هذا المقام: هل هناك استثناءات في الرقابة المصرفية في الجزائر على بنك البركة الجزائري؟ أم أنه يعامل نفس المعاملة التي تعامل بها البنوك التقليدية الجزائرية؟ ومانوع الرقابة الشرعية التي يخضع لها بنك البركة ، وما هي الصلاحيات المخولة لها؟ للإجابة عن ذلك ارتأينا تناول الرقابة المصرفية في **فرع أول** ثم الرقابة الشرعية في **فرع ثان**.

الفرع الأول: الرقابة المصرفية على بنك البركة

يعتبر بنك البركة الجزائري بنكا من البنوك الجزائرية الخاضعة للنظام الجزائري وبالتالي فهو يمارس نشاطه تحت سلطة نقدية ممثلة في بنك الجزائر، وهذا يعني أنّه خاضع للرقابة المصرفية التي يفرضها البنك المركزي الجزائري – بنك الجزائر-

وتمارس الرقابة على بنك البركة في هذا الصدد على شكلين:

أولا- الرقابة على التسيير لدى بنك الجزائر:

حيث تنص المادة 1/97 من قانون النقد والقرض 03-15 :" يتعين على البنوك والمؤسسات المالية وفق الشروط المحددة بموجب نظام يتخذه المجلس ، احترام مقاييس التسيير الموجهة لضمان سيولتها وقدرتها على الوفاء تجاه المودعين والغير وكذا توازن بنيتها المالية."

من ذلك نستنتج أنه يتوجب على المصرف الإسلامي باعتباره بنكا تجاريا احترام مقاييس التسيير التي يحددها بنك الجزائر ممثلا بمجلس النقد والقرض وذلك لضمان السيولة من جهة، والقدرة على الوفاء من جهة أخرى.

فضلا أن التعليمة رقم 94/74 الصادرة في 29 نوفمبر1994 والخاصة بتحديد القواعد الإحترازية لتسيير البنوك والؤسسات المالية والتي من خلالها يستطيع البنك المركزي الجزائري أن يراقب تطبيق أحكام قانون النقد والقرض حيث تظهر هذه العناصر كالتالي:

- نسبة الإلتزامات التمويلية مع نفس المستفيد (المادة 2 من التعليمة) وذلك لتغطية الخطر الناجم عن تخصيص أموال البنك لمستفيد واحد ، حيث أن كل تجاوز لهذه النسبة لا بد أن يصاحبه تغطية مضاعفة.

- نسبة الملاءة: حددت نسبة الملاءة إلى يومنا هذا 8 بالمائة وهي تمثل نسبة المخاطرة البنكية التي يجب على الأقل أن تكون مساوية للمعدل المذكور أعلاه، وهي منصوص عليها في (المادة 3 من التعليمة).

- مستوى الإلتزام الخارجي للمصارف وفقا للمادة 2 من التعليمة 94/68 المؤرخة في 1994/10/25 ينبغي أن تكون الإلتزامات الخارجية بالتوقيع للمصارف إبتداءا من 1 أكتوبر 1994 دوما في مستوى لا يتجاوز 4 مرات أموالها الذاتية الصافية، كما تحدد القواعد الإحترازية.[1]

ونجد أن المشرع الجزائري في قانون النقد والقرض لم يركز على الجانب الهيكلي للبنوك في عملية التأسيس والإدارة فقط وإنما تناول أيضا مقاييس التسيير التي تعد من بين الانشغالات الأولى للسلطة الوصية على قطاع البنوك، حيث أعطى المشرع للسلطة النقدية حق وضع قواعد تسيير البنوك وذلك لسبب بسيط وهوأن العمليات المصرفية في تطور وتجدد مستمر في إطار اقتصاد السوق، وكان من الأحسن أن تكون هذه المقاييس محل تنظيم أكثر منها محل تشريع لأن لها علاقة ومحل اتصال مع احتياجات السوق لأدوات التنظيم وضمان سرعة أكبر في اتخاذ القرارات من طرف السلطة النقدية.[2]

فرغم أن هذه التعليمات صدرت قبل تعديل قانون النقد والقرض سنة2003 لكنها تبقى سارية المفعول وهذا ما تنص عليه المادة 141 منه :" تبقى الأنظمة المتخذة في إطار القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 والمذكور أعلاه سارية المفعول إلى غاية استبدالها بأنظمة جديدة تتخذ تطبيقا لهذا الأمر."

والملاحظ أن مقاييس التسيير هذه تطبق على كل البنوك التجارية سواء كانت إسلامية أو تقليدية وهذا ما نجده في إعتقادنا لا يتلائم مع طبيعة البنوك الإسلامية.

ثانيا- الرقابة على التمويل:

الرقابة على التمويل تكون مباشرة إذ يحق للبنك المركزي الجزائري أن يفرض سقوفا إئتمانية يجب على كل بنك أن يحترمها، حيث أن هذه السقوف يهدف من خلالها البنك المركزي إلى اعتماد سياسة نقدية معينة حسب الوضعية الإقتصادية الكلية، كما تمارس عليه الرقابة الغير مباشرة حيث يطبق البنك المركزي الجزائري أدوات الرقابة غير

1- أبو عبد الباسط، المرجع السابق، ص184.
2- محمد ضويفي: علاقة البنك المركزي بالبنوك التجارية،مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية1999 ، ص105.

المباشرة كالإحتياطي القانوني الذي تنص عليه التعليمة رقم 2001/01 الصادرة بتاريخ 11 فيفري 2001 [1] ، وإعادة الخصم الذي تنص عليه التعليمة رقم 94/16 الصادرة في 94/4/9[2] ، بالإضافة إلى أسعار الفائدة الدائنة والمدينة التي نصت عليها التعليمة الآنفة الذكر.

ولكن الخصوصية التي يتميز بها بنك البركة الجزائري في عمليات التمويل سواء بالإعتماد الإيجاري أو الصور الأخرى أنه لا يقوم بإعادة الخصم لدى البنك المركزي ولا يطبق أسعار فائدة دائنة ولا مدينة وإنما يعتمد في تمويلاته على نسبة أرباح أو خسارة يتفق عليها مع زبائنه حسب مساهمته في المشاريع.

لكنه خاضع كباقي البنوك إلى احترام نسبة الإحتياطي الإجباري، وهذا ما يوضحه تقرير بنك البركة فهو بنك كباقي البنوك التقليدية في خضوعه للسلطة النقدية للبنك المركزي الجزائري.

إن البنك المركزي يمارس الرقابة على الإئتمان وهذه تعد من الوظائف الرئيسية للبنك المركزي وأسلوب رقابتها في هذا الجانب واحد على البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية على أن الإئتمان غير موجود في البنوك الإسلامية إلا في الحسابات غير الإستثمارية،أما المال المستثمر فإنه يوجه لتمويل عمليات البنوك الإسلامية من مضاربة ومشاركة ومرابحة...

ومن هنا فإن نسب الإئتمان التي تفرضها البنوك المركزية على البنوك التقليدية لا تتناسب مع استخدامات البنك الإسلامي للأموال بل يصعب تطبيقها عليه لأن البنوك التقليدية تعتمد على المتاجرة في القروض بفائدة إلا أن البنوك الإسلامية لا تخصص عائدا لرأس المال إلا إذا أسهم في الخسارة وحينئذ يكون له عائدا في صورة ربح.

لذا يمكن للبنك المركزي أن يمارس الرقابة على البنوك الإسلامية من خلال تحديد النسب التي يتم على أساسها توزيع الأرباح فيما بين البنك والمستثمرين في عمليات المضاربة أو التحكم في حجم علاوة الإدارة في عمليات المشاركة ويقصد بعلاوة الإدارة أنه عند توزيع الأرباح في المشاركة يتم أولا تجنيب نسبة من الأرباح المحققة كمكافأة عن إدارة نشاط الأعمال أو مايسمى بالوظيفة الإستثمارية ثم توزع باقي الأرباح بين الشركة والمستثمر والبنك كل حسب رأسماله على قدم المساواة.

كما للبنك المركزي أن يحدد السقوف الإئتمانية وضبط نسبة السيولة وإصدار التوجيهات لجميع البنوك بما فيها البنوك الإسلامية ، وهذا لا يتعارض مع الأحكام الشرعية المعمول بها في البنوك الإسلامية.

1- التعليمة الصادرة عن البنك المركزي تحت رقم 2001/01 الصادرة بتاريخ 11 فيفري 2001.

2- التعليمة رقم 16/ 94ا لصادرة في 1994/04/09عن البنك الجزائري.

إلا أنّه ينبغي ملاحظة أن البنوك الإسلامية تتعامل بمبدأ المضاربة والمشاركة والمتاجرة لذا ينبغي أن تتغير هذه النسبة (نسبة الإحتياطي) أو السقوف أو المدة وذلك لأن هذه النشاطات تحتاج إلى حجم تمويل أكبر من القروض التي تتعامل بها البنوك التقليدية.

إلا أن البنك المركزي يمكن أن يأخذ "بمبدأ الغرامة المربوطة بحجم التجاوز" بدلا من سعر الفائدة المطبق مع البنوك التقليدية ويمكن أن يظهر دور البنك المركزي في مراقبة الإئتمان في جوانب أخرى مثل:

- جعل تخصيص التمويل قطاعيا متوازنا، يتفق مع أهداف الإقتصاد الإسلامي وأولوياته.
- توزيع منافع التمويل على العدد الأمثل للمنشآت.
- تخصيص التمويل على نحو يحقق إنتاج وتوزيع السلع والخدمات التي يحتاجها مجموع الناس لأن التمويل يقوم على استخدام أموال الجماعة فيجب تخصيصه بما يحقق المصلحة العامة لهذه الجماعة.
- وضع سقوف لإجمالي التمويل.
- استخدام ضوابط مختارة لكي يتماشى إجمالي التمويل وطريقة توزيعه مع خطة المجتمع وأهداف الإقتصاد الإسلامي.[1]

ويرى الباحثون في النظام المصرفي الإسلامي أن البنوك الإسلامية ليست محتاجة إلى هذه السقوف التي تعيق تمويلاتها وتعرقل السير الحسن لنشاطاتها، مما يتسبب في إلحاق الضرربها وبعملائها وذلك بأن تتجمد لديها فوائض مالية هائلة عاطلة.

إن عدم الحاجة إلى تطبيق السقوف الإئتمانية على البنوك الإسلامية يأتي من كونها لا تعمل أصلا بالإقراض وإنما بالاستثمار المباشر إما بالمضاربة والمشاركة والمرابحة وغيرها من العقود التمويلية التي قمنا بدراستها سابقا، وبالتالي فهي تختلف عن البنوك التقليدية التي تؤثر تأثيرا مباشرا في الكتلة النقدية، وما ينجم عنه من آثار سلبية على الإقتصاد لا سيما ظاهرة التضخم وبالتالي فتدخل البنك المركزي هنا له ما يبرره.[2]

فإلى جانب هذه الرقابة غير المباشرة من طرف البنك المركزي على عقود التمويل هناك بالموازاة لها رقابة من نوع آخر وهي الرقابة الشرعية تمارس من طرف مستشار شرعي أو هيئة شرعية تنظر في مدى مطابقة عقود التمويل لأحكام الشريعة الإسلامية لا نرى ضرورة للتوسع فيها لأنها أقرب للشريعة الإسلامية منه إلى القانون الوضعي.

1- محمد السعيد أحمد: العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي. مجلة التجديد، العدد 3 سنة 1998 ص64-66.
2- أبو عبد الباسط، المرجع السابق، ص169.

الفرع الثاني: الرقابة الشرعية:

إن الكلام عن تأسيس الهيئات الشرعية وأهدافه، وواقعها يتطلب البدء ببيان المراد بالرقابة الشرعية بالتطرق لتكوين تلك الهيئات وأهمية تلك الرقابة ثم تعريف الهيئة نفسها.

أولا- تعريف الرقابة الشرعية وأهميتها:

يمكن تعريف الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية بأنها" هي متابعة وفحص وتحليل مجمل التصرفات والعمليات التي تقوم بها المؤسسة للتأكد من أنها تتم وفقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية باستخدامها الوسائل والأساليب الملائمة المشروعة مع بيان المخالفات والأخطاء وتصويبها ووضع وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنة إبداء الرأي الشرعي والقرارات والتوصيات والإرشادات لتحقيق الكسب الحلال، وكذلك في المستقبل بغرض التطوير إلى الأفضل.

أما المقصود بهيئة الرقابة الشرعية فقد عرفها معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم(1) بشأن تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها بأنها:" جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية وله إلمام بفقه المعاملات، ويعهد لهيئة الرقابة الشرعية متابعة المؤسسات ومراقبتها والإشراف عليها للتأكد من إلتزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وتكون ملزمة للمؤسسة."1

ثانيا- أقسام الرقابة الشرعية:

تنقسم الرقابة الشرعية إلى رقابة داخلية وتوازيها رقابة خارجية وهذا كما يلي:

1- الرقابة الشرعية الداخلية على مستوى بنك البركة الجزائري:

اعتمد بنك البركة في الرقابة الشرعية على المستشار الشرعي الذي يتابع نشاطات البنك منذ نشأته,و ذلك من خلال الصلاحيات المعطاة له،حيث يحضى بنفس الاهتمام الذي يعطي لمدققي الحسابات بالبنك,و بالتالي فملاحظاته ونصائحه يتم اعتمادها من طرف الجمعية العامة و ذلك بعد تقديمه لتقرير مفصل لإدارة البنك.

لهذا الغرض سنتناول صلاحيات المستشار الشرعي ثم آثار الرقابة الشرعية وأخيرا تقييم أداء الرقابة الشرعية.

1- المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية-البحوث والدراسات-بحث حول الرقابة الشرعية، العنوان الإلكتروني .http:// www.Shamil.com يوم 2004/12/12 على الساعة 10 صباحا.

1-1-صلاحيات المستشار الشرعي:

لم ينص القانون الأساسي لبنك البركة الجزائري على اعتماد المستشار الشرعي في أي مادة من مواده و لكن الأساس المعتمد في ذلك هو المادة 6 من القانون الأساسي التي تنص على أن البنك يتعامل بناءا على أحكام الشريعة الإسلامية و أن مهام المستشار الشرعي لا نجدها إلا في عقد العمل الممضي بينه و بين البنك و هو ينص على ما يلي: يكلف المستشار الشرعي للبنك بالمهام التالية :

- إبداء الرأي فيما يراد العمل به من تطبيقات منذ التفكير بها إلى وضعها في التنفيذ مع متابعة التزام البنك بعرض جميع المعاملات الجديدة على المستشار الشرعي.
- اعتماد العقود النظامية و النماذج المزمع العمل بها من الجوانب الشرعية.
- التأكد من شرعية التطبيق بمراجعة الخطوات العملية و تدقيق المستندات من خلال مواعيد دورية للإطلاع على أعمال البنك و إبداء الرأي الشرعي و الإجراء المطلوب.
- مزاولة التفسير أو التحكيم، حيث يكون الموضوع آجلا أو لا يتحمل إحالته على مركز التحكيم الإسلامي بجامعة الأزهر.
- تثقيف العاملين في البنك بالمبادئ الشرعية الأساسية لتنمية الحس الإسلامي لديهم و تعليم اللغة العربية للذين يشكون من ضعف فيها .
- الإجابة على تساؤلات و استيضاحات العملاء بالنسبة لشرعية بعض الإجراءات أو المعاملات التي يظنون عدم شرعيتها أو يجهلون مستندها.[1]

1-2- آثار الرقابة الشرعية:

يقدم المستشار الشرعي تقريرا سنويا إلى الجمعية العامة للبنك يفصل فيه كل ملاحظاته واقتراحاته وكذا التعديلات و التصويبات التي يراها ضرورية لتصحيح المسار الشرعي لكل عملياته، حيث يبين هذا التقرير موجز عن العمليات التمويلية وتكييفها من الناحية الفقهية، كما يلتزم باقتراح التصويبات حول كل مرحلة من مراحل إبرام عقود التمويل وذلك لتدارك المخالفات المسجلة بشأن مختلف الأعمال التي أنجزتها وكالات البنك، لتتطابق مع أحكام الشريعة وقواعدها المقررة.

1: أبو عبد الباسط، المرجع السابق، ص188.

1-3- تقييم آداء الرقابة الشرعية:

لقد لاحظ بعض المتطلعين على مختلف التقارير الخاصة بالرقابة الشرعية ما يلي:

- أن تقارير الرقابة الشرعية أتت كلها مختصرة ' حيث لا يتجاوز أطول تقرير ثلاث صفحات أما باقيها فأتت في مجموعها في صفحتين على الأكثر وهذا يشير إلى الاختصار الشديد لهذه التقارير.
- انعدام الثقة.
- أن المستشار الشرعي غير متفرغ للرقابة الشرعية مما يفسر اختصار التقارير، وهذا يكون له أثر على الانحراف الممكن في نشاطات البنك الناجمة عن جهل بعض الأحكام الشرعية.[1]

وما يلاحظ عموما، أن الرقابة الشرعية تتفاوت في درجاتها لدى البنوك الإسلامية نفسها، فمنها من اعتمد الهيئة الشرعية، ومنها من إعتمد المستشار الشرعي، ومنها أيضا من يعتمد اللجوء إلى المجمعات الفقهية للإجابة عن تساؤلاته، وتختلف أيضا درجة تدخل الهيئات أو المستشارين في مسار البنك.

ما تجدر الإشارة له أن هيئات الرقابة الشرعية تتمتع بالإستقلالية التامة عن كل من مجلس الإدارة وإدارة المصرف، وهذه التي تمنحها القوة والنفوذ للقيام بعمليات الفحص والتدقيق دون تدخل إداري للتأكد من مطابقة جميع الأعمال لمبادئ الشريعة الإسلامية وكذا ايقاف أو تعديل مسار أو آثار أي عملية أو صفقة مخالفة لاحكام الشريعة ومبادئها.

ويستند مبدأ الإستقلالية في مثل هذه الوظيفة إلى طبيعة مهامها التي تمت بصلة شديدة إلى الشهادة، فضلا عن الإفتاء، وهي مهام لا تتم إلا بمجرد القائمين بها وانتفاء أي ضغط أو تأثير عليهم وإخلاص الحقائق التي تظهر لهم ، ومع هذا لا بد في جميع الأحوال من الاحتفاظ بوجود علاقة تنسيق مع الإدارة.[2]

ومن الأهمية بمكان الإشارة أن قرارت الهيئة الاستشارية ملزمة للمصرف وهذا ما توضحه وعلى سبيل المثال الفقرة ج من المادة 17 من قانون المصارف الإسلامية اليمني.[3]

1- نفس المرجع السابق،ص190،189.

2- الأسس الفنية للرقابة الشرعية وعلاقتها بالتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية: بحث مقدم من طرف المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية – البحوث والدراسات- العنوان الإلكتروني http://www. Islamic fi .com يوم 2004/12/16 على الساعة 2 مساءا.

3- قانون المصارف الإسلامية اليمني صدر في ربيع الأول 1417ه الموافق ل 29 جويلية1996 مستقى من موقع http://www.islamonline.net. يوم 2004/12/23 على الساعة 1 مساءا .

2- الرقابة الشرعية الخارجية (الهيئة العليا للرقابة الشرعية) :

لعل تلك الانتقادات الموجهة لهيئات الرقابة الشرعية الموجودة على مستوى المصارف الإسلامية وغيرها، هي التي دفعت بالإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية إلى إنشاء هيئة عليا للرقابة الشرعية.

حيث يتولى الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية التنسيق بين المصارف الإسلامية وترسيخ العلاقة بينها اقتصاديا وفنيا، وقد نصت إتفاقية التأسيس المبرمة في 1977 على إنشاء هيئة عليا للرقابة الشرعية.

نصت المادة 16 منها :" إنشاء هيئة للرقابة الشرعية تتكون من رؤساء هيئات الرقابة الشرعية لكل مصرف إسلامي ، وحق أمانة الإتحاد على إضافة أي شخص آخر ترى انضمامه مفيد للهيئة."

وتتولى الهيئة العليا للرقابة الشرعية النظر في الفتاوى والآراء الصادرة عن مختلف هيئات الرقابة الشرعية على مستوى المصارف الإسلامية الأعضاء ولها من أجل ذلك حق الإطلاع على قوانين ولوائح المصارف الإسلامية وعلى العقود مع ضمان المحافظة على السرية في جميع الأحوال.[1]

1- أم الخير غريبي: دور المصارف الإسلامية في تمويل التنمية الإقتصادية، مذكرة ماجستير قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 19.

المبحث الثاني: الآثار القانونية لعقد التمويل المتعلق بالملكية

بعد تحديدنا لشروط انعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية ، سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الآثار القانونية التي ينتجها بين طرفيه في (**مطلب أول**) ثم نتطرق لآثاره في مواجهة الغيرفي (**مطلب ثان**) ، وفي الأخير نتناول منازعاته وطرق انقضائه بنوع من الإيجاز في (**مطلب ثالث**) .

المطلب الأول: آثار عقد التمويل المتعلق بالملكية بالنسبة لطرفيه

في هذا المطلب سنتناول إلتزامات وحقوق المصرف الإسلامي في(**فرع أول**) ثم إلتزامات وحقوق المستثمر في (**فرع ثان**) وإذا كانت هناك إلتزامات وحقوق تخص صورة معينة من صوره سوف نوضحها.

الفرع الأول: آثاره بالنسبة للبنك الإسلامي

يتمتع البنك باعتباره طرفا ممتازا بمجموعة من الحقوق والالتزامات لهذا سنحدد التزامات المصرف الإسلامي (**أولا**) ثم حقوقه(**ثانيا**).

أولا- إلتزامات المصرف الإسلامي:
يتحمل البنك الإسلامي بالإلتزامات التالية:

1- تقديم التمويل المطلوب:
ويتم ذلك بالقيام بكافة التصرفات القانونية من أجل توفير التمويل اللازم للمستفيد منه مهما كان نوع عقد التمويل.
فإذا تعلق الأمر مثلا بمرابحة فعليه تقديم التمويل بموجب الفاتورات التي يعمل العميل على تقديمها له بعد المفاوضات التي يقوم بها هذا الأخير مع المورد، ومنه يتم تقديم التمويل بتسليم البنك رأس المال المتفق عليه بالكامل للمستفيد من التمويل وتمكينه من استخدامه وإتاحته له ليكون حرا في التصرف فيه تحت أي عنوان اختاره ليستثمر من خلاله.

2- إعداد حساب الإستغلال التقديري:
إذ أن البنك بعد دراسته لطلب التمويل المحتوي على كل البيانات والمعطيات الخاصة بالمشروع إلا أنه لا يكتفي بذلك بل يقوم على مستوى إدارته بإعداد حساب الإستغلال التقديري للمشروع المراد تمويله.[1]

1- معلومات مستنتجة مباشرة من عقود التمويل المتعلق بالملكية.

3- مراقبة العميل المدين في إدارة أمواله:

فالعميل قد يحاول تهريب أمواله بتصرف ينقص من ضمان سداد ديونه سواء بالبيع الصوري أو بالهبة[1]، وله بذلك حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات التي أجراها العميل حياله.

4- قيد الرهون:

يلتزم البنك بقيد كل الرهون التي خصصها له المستفيد من التمويل كضمان لتسديد التمويل موضوع العقد.

5- القيام بعمليات التفتيش:

محافظة من البنك على رأسماله المقدم للتمويل فإنّه يقوم بعمليات التفتيش عبر كل مراحل تنفيذ المشروع الاستثماري وفي هذا المقام يتوجب على المستفيد من التمويل تمكينه من القيام بهذه العمليات وكذا تمكينه من الإطلاع على كل الوثائق والمستندات متى دعت الضرورة إلى ذلك.

6- الإلتزام بنقل الملكية:

يقع على عاتق البنك الإسلامي إلتزام أساسي وهو الإلتزام بنقل الملكية سواء تعلق الأمر بعقود المشاركات المنتهية بالتمليك أو بعقود البيوع الإسلامية والتي تأخذ حكم البيع بالتقسيط فيما يتعلق بآثارها، ففي البيع بالتقسيط فإن ملكية الشيء المؤجر يتم نقلها فورا إلى المستأجر، فالبيع بالتقسيط هو عقد معلق على شرط واقف هو الوفاء بجميع الأقساط في مواعيدها أو دفع الثمن كله فإن أوفى هذا الالتزام انتقلت له ملكية الأصل فرضا، هذا ما يميز عقد التمويل المتعلق بالملكية عن عقد التمويل بالإعتماد الإيجاري الذي تبرمه البنوك الإسلامية أين يكون أمام المستأجر خيارات أحدهما هو ملكية الأصل المستأجر والآخر هوتجديد العقد والأخير هوعدم تجديد العقد ورد الأصل إلى المؤجر ويعتبر موقف المستفيد من التمويل في نهاية مدة التعاقد الإيجاري مؤجرا حتى سداد كامل الثمن وتعتبر الأقساط مقابل الاستخدام في حالة عدم سداد الثمن واسترداد البائع للأصل،[2] وهذا ماتنص عليه المادة 16 من الأمررقم 96-09 المتعلق بالإعتماد الإيجاري. [3]

1- أبو زيد علي المتيت، المرجع السابق، ص4.

2 - Christian Gavalda et Danièle Crémieux : Crédit-bail mobilier, j.c.p : Banque, Bourse, fasc N 640, édition 2000, p23.

3- أمر 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتضمن الإعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية لسنة 1996 العدد3.

ب- حقوق البنك الإسلامي:

سنحاول التعرض لأهم الحقوق التي يتمتع بها البنك والمتمثلة في:

1- الحق في الحصول على الضمانات:

طبقا لقاعدة أن " كل تمويل يقابله ضمان" فإن للبنك حق الإستفادة من كل الضمانات سواء العينية منها أو الشخصية وهذا ما سبق التطرق إليه.

2- حق الإمتياز:

إن البنك في نظر القانون دائن ممتاز وانطلاقا من ذلك فله حق الأولوية وحق التتبع في استيفاء كل الديون المتعلقة بعقد التمويل بمختلف صوره.
وهذا ما توضحه أحكام المادة 1/121 من قانون النقد والقرض حيث تنص:" تستفيد المؤسسات المذكورة من امتياز على جميع الأملاك والديون والأرصدة المسجلة في الحساب ضمانا لدفع كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف كل الديون المستحقة للبنوك و المؤسسات المالية أو المخصصة لها كضمانة ولايفاء السندات المبيعة لها أو المسلمة لها كرهن حيازي وكذا لضمان أي تعهد تجاهها لكفالة أو تكفل أو تظهير أو ضمان".

نستنتج أن هذه الفقرة تعترف صراحة بتمتع البنك بامتياز على كل الضمانات التي يقدمها المستفيد من التمويل، أماعن مرتبة هذا الإمتيازفنصت عليه المادة 2/121 والتي تنص:

" يرتب هذا الإمتياز فورا بعد امتيازات الأجراء و الخزينة و صناديق التأمين الإجتماعي وتتم ممارسته اعتبارا من:
- تبليغ الحجز برسالة موصى عليها مع إشعار بالإستيلام إلى الغير المدين، أو الذي يحوز الأموال المنقولة أو سندات الدين أو الأرصدة بالحساب.
- تاريخ الإعذار الذي يرسل حسب الأشكال نفسها المطبقة في الحالات الأخرى."

لكن بالرجوع لواقع ممارسة هذا الإمتياز نجده يطرح عدة إشكالات قانونية تعترض البنك في الإستفادة منه وسنحاول التطرق لأهم الإشكالات في الفقرة الموالية.

2-1- إشكالية الإعتراف بامتياز البنوك وطرق ممارسته:

لقد خول المشرع للبنوك والمؤسسات المالية امتيازا على جميع الأملاك المنقولة والديون والأرصدة المسجلة في الحسابات المملوكة لمدينيها ضمانا لإستيفاء ديونها وإلتزاماتها.

وتنص المادة121 أن هذا الإمتياز يحتل المرتبة الرابعة بعد امتياز الخزينة وصناديق الضمان الإجتماعي والعمال، كما أن هذا الإمتياز يمارس اعتبارا من تبليغ الحجز للغير المدين أو المودعة لديه الأموال بكتاب مع الإشعار بالإستيلام.[1]

لقد تباينت واختلفت الآراء حول تفسير هذه المادة وكيفية ممارسة إمتياز البنوك والمؤسسات المالية بمعنى أحقيتها في تحصيل ديونها من ذمة مدينيها قبل الدائنين العاديين مباشرة بعد الخزينة وصندوق الضمان الإجتماعي والعمال، فإن معظمهم لا يعطي لهذا الإمتياز معنى ديناميكيا يسمح للبنوك بممارسة حجز ماللمدين لدى الغير بمجرد رسالة مع إشعار بالإستيلام.[1]

وهكذا يرفض القضاة الإعتراف بشرعية الحجز الممارس بهذه الطريقة وبدون وجوب التقيد بالإجراءات والشكليات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية بخصوصها.

وبعبارة أخرى فإن قراءة هؤلاء القضاة لهذه المادة قراءة تضييقية مفادها أن توقيع حجزماللمدين لدى الغير يكون بإذن من القاضي ويوقع من قبل المحضر القضائي المختص ثم يبلغ فقط برسالة مضمنة مع إشعار بالإستيلام.

إن هذه القراءة مرفوضة من قبل البنوك لكونها مقنعة وأنه لا معنى للإمتياز وترتيبه بعد إمتياز الخزينة والضمان الإجتماعي والعمال إذا كان فقط ينحصر في ترتيب دائنية البنك مقارنة بدائنية الدائنين الآخرين المحتملين إذا لم يكن مقرونا بإجراءات عملية مبسطة تسمح بممارسته بصفة فعالة وفي الوقت الملائم.

1- ملتقى المصارف والقضاء، المرجع السابق، ص31 وما بعدها.

إن المادة صريحة في كون الإمتياز يمارس بتبليغ الحجز عن طريق رسالة مضمنة الوصول مع إشعار.

إن ترتيب امتياز البنوك بعد امتياز الخزينة والضمان الإجتماعي الذين يمارسون توقيع الحجوز التنفيذية بمجرد خطاب لغير الحائز (المادة 384 و387من قانون الضرائب المباشرة والمواد 67و68من القانون رقم15/83المؤرخ في 83/7/2 المتعلق بالضمان الإجتماعي) لدليل أن مقصود المشرع إنما إلحاق البنوك بهذا الصنف من الدائنين الذين يستثنون من القانون العام بالنظر إلى خصوصيتهم والطابع الإستراتيجي الهام لأعمالهم.

3 - الحق في الدفع بعدم المسؤولية:

فمثلا في عقد المرابحة إذا ثبت وجود عيب أو خلل في الشيء المبيع هنا نلمس عدم مسؤولية البنك عن ضمان صلاحية المبيع للعمل ومنه العميل هو المسؤول الوحيد فيما يتعلق بالمواصفات التقنية للتجهيزات محل هذا العقد وكذلك مطابقتها للقوانين والقواعد والتنظيمات.

4- حق فرض غرامات التأخير:

إلى جانب تمتع البنك بحق فرض الشروط الجزائية لضمان التنفيذ الحسن لعقد التمويل المتعلق بحق الملكية إلا أنه إلى جانب ذلك له حق فرض غرامات التأخير تجاه المدين المماطل من أجل تحصيل البنك الإسلامي لديونه ومستحقاته، وغرامة التأخير عبارة عن نسبة مئوية بغض النظر عن الوسائل القانونية الأخرى التي يستعملها لتحصيل مستحقاته،هذا ما دفع البعض إلى اعتبار أن عقد التمويل عبارة عن عقد إذعان.

5- الحق في التنفيذ على الضمانات:

يعد الضمان المادي الذي يقدمه العميل من أهم العناصر المؤثرة على اتخاذ القرارالإئتماني، وفي العادة لا يلجأ إلى التنفيذ على الضمانات إلا في حالة تأكد البنك من عدم قدرة العميل على سداد التزاماته في الوقت الحاضرأو في المستقبل القريب بسبب ظروف دائمة وأن جزءا كبيرا منها يرجع إلى إدارته غير الحكيمة لأمواله،أو أن هناك شبه عدم قدرة العميل على إدارة نشاطه، ومن ثم، فلا أمل يرجى من محاولة إنتشاله من هذه الظروف أو تقويمه بتقديم إئتمان جديد.

ومن ثم يقوم البنك بمصادرة الضمانات المادية بالتنفيذ عليها سواء بالبيع أو بالتصفية،ومن أهم هذه الضمانات الأراضي،العقارات،بضائع،آلات،معدات،أوراق مالية،إعتمادات،...

ويجب على البنك التأكد من توافر الشروط الإئتمانية في الضمانات المادية.
والأصل في عمليات التوظيف الإئتماني الإسلامي (سواء مرابحة،مضاربة، مشاركة،...) عدم وجود الضمان المادي والشخصي ، فالعميل في هذه العمليات مشارك بجهده ونتاج فكره فضلا عن أمواله،ومن ثم فإن العميل غير ضامن للربح أو لعدم تحقيق المشروع لأي خسارة.
لكن حتى لا يكون هناك أي قصور من جانب العميل يمكن للبنك الإسلامي الحصول على الضمانات المادية ليرجع عليها ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي وقع بسبب تقصيره أو إهماله أو مخالفته لشروط التعاقد، شرط عدم مغالاته في الحصول عليها أو إرهاق العملاء بسببها.[1]

6- حق المطالبة بالمستندات والوثائق:

يحق للبنك الإسلامي مطالبة المستفيد من التمويل وخلال مدة التمويل بكل التقارير والمستندات المتعلقة بسير عمليات التمويل للمراقبة والتقصي ويجب على المستفيد من التمويل تسهيل مهمة البنك في ذلك بتمكينه من الإطلاع على كل المستندات المثبتة للعمليات الخاصة بالتمويل المعبرة عن النتائج الحقيقية وليس الصورية، لأن الواقع أثبت أن المستفيد من التمويل يقدم مستندات (فاتورات) مزيفة تنبئ بخسارة فادحة حتى يحرم البنك من حقه في الأرباح.

7- الحق في استرداد المال مع الأرباح:

إن الربح هو المحور الرئيسي الذي يتعامل البنك من أجله باعتباره تاجرا فهدفه الوحيد هو تحقيق الأرباح دون الفوائد إلى جانب استرداده رأسماله[2] الممول به، من أجل ذلك على المستفيد من التمويل الإلتزام بالنزاهة في تقديم الأرباح حتى يتقاسمها مع البنك.

1- الخضيري، المرجع السابق، ص226و227.
2- عائشة المالقي، المرجع السابق، ص305

8- الحق في الرقابة المباشرة:

البنك الإسلامي باعتباره صاحب المال في عقد التمويل المتعلق بالملكية فله حق الرقابة المباشرة على عمليات التمويل مهما كانت صورة التمويل المطلوب، وهي رقابة إستئثارية ينفرد بها البنك الإسلامي دون غيره من،لأنها تتم مباشرة على مراحل عملية تنفيذ عقد التمويل،وإذا ثبت للبنك وقوع مخالفات من طرف المستفيد من التمويل فله كامل الحرية في اتخاذ التدابير التي يراها مناسبة ، كل ذلك لتفادي كل اختلال في منح الترخيصات بالتمويل وعلى تعبئات التمويل دون ترخيص من لجنة التمويل، وعلى عدم إحترام شروط وضع التمويلات.[1]

ثانيا: آثار عقد التمويل المتعلق بحق الملكية بالنسبة للمستثمر

يتمتع المستفيد من التمويل بمجموعة من الحقوق ويقابلها تحمله بعدة التزامات وهذا ما سنتطرق إليه بايجاز في الفقرتين التاليين:

1- إلتزامات المستثمر:

تتمثل إلتزامات المستثمر أساسا في ما يلي:

1 - الإلتزام بتسليم مقدار التمويل المطلوب مهما كان شكله(نقدا أوعينا).

2- تقديم الضمانات المادية الكافية(عينية،وشخصية) مع الإلتزام بالتأمين عليها.

3- الإلتزام بالمحافظة علي مبلغ التمويل واستعماله فيما أعد له، فالعميل أو المستفيد من التمويل وكيل عن صاحب رأس المال.

4- إستثمار المال في ما أعد له وحسب الأوجه المتفق عليها فإذا ما قصر بترك الأفعال التي كان يجب أن يقوم بها وحدثت خسارة نتيجة هذا التقصير فإنه يتحملها.[2]

5- تمكين البنك من الإطلاع على المستندات عند طلبها وكذا تمكينه من القيام بعمليات التفتيش.

6- لا يجوز للمستفيد من التمويل خلط المال الذي تحصل عليه بأمواله الخاصة ولا هبته ولا اقتراضه أو الإقتراض عليه.

7- إلتزام العميل بالتأمين على الأخطار التي يتضمنها المشروع الممول كما يعفى البنك من أي رجوع يتقدم به المؤمنون.

1- التقرير السنوي 2002 لبنك البركة الجزائري.

2- عائشة المالقي، المرجع السابق، ص309.

8- يلتزم المستفيد بإخطار البنك بالحوادث حتى يمكنه التدخل.
9- الإلتزام بتحمل الخسائر وحده إذا تعلق الأمر بعقد المضاربة وتحمل المسؤولية المدنية والجزائية وتقاسم المسؤولية في حالة عقد المشاركة.

2- حقوق المستثمر:

يتمتع المستثمر بالحقوق التالية:

1- الحق في إدارة المشروع الإستثماري ، حيث أن البنك الإسلامي يحتكر وظيفة التمويل والمستفيد من التمويل يحتكر التسيير وهذا هو الغالب، فمن الواجب أن يكون مؤهلا لذلك مهنيا وسلوكيا، إذ عليه أن يكون قادرا على مسك حسابات المشروع، الإحتفاظ بالفواتير،.
2- الحق في تملك المشروع الإستثماري بشراء الأسهم:
مثلا المشاركة المنتهية بالتمليك أو المتناقصة هنا للمستفيد من التمويل حق شراء حصص البنك (أسهم البنك) تدريجيا حتى يتملك مشروعه بصفة نهائية .
3- الحق في الحصول على الأرباح.

ما نلاحظه أن الإلتزامات الملقاة على عاتق المستفيد من عقد التمويل المتعلق بالملكية أكبر من الحقوق التي يتحصل عليها وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن عقد التمويل المتعلق بالملكية يميل إلى عقود الإذعان حيث أن البنك يضع شروط وما على المستفيد من التمويل إلا الإذعان لها.

ثالثا: آثار العقد بالنسبة للغير

بما أننا حددنا في البداية أن عقد التمويل عقد مالي ، فإن حقوق الغير في العقد المالي إما أن تكون حقوقا عينية وإما أن تكون شخصية وباعتبار أن طرفي عقد التمويل شركاء على الشيوع في المشروع الإستثماري لهذا يختلف موقف الفقه الإسلامي في حكم تعاقد الشريك على حصته الشائعة بالبيع أو الهبة، أو الرهن أو الإجارة ، ويختلف تبعا لذلك الحق المقرر لشريكه الآخر باعتباره من الغير في مثل هذه التعاقدات في منع أو عدم منع شريكه من هذا التعاقد.
وعليه فقد رأى **جمهور الفقهاء** من المالكية، والشافعية والحنابلة أنه يصح وبصفة مطلقة تصرف الشريك في حصته الشائعة إما بالبيع أو الهبة أو الرهن أو التأجير وتسري هذه التصرفات وتنتج كافة آثارها في مواجهة الشريك الآخر باعتباره من الغير. 1

1- حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 74 وما يليها.

ويجب التنبيه على ضرورة مراعاة أحكام المادتين 108و109 من القانون المدني المتعلقة بآثار العقد بالنسبة للخلف العام والخاص.

ففي حالة مثلا وفاة المدين بالتمويل يطالب جميع الورثة (الخلف العام) بمبلغ التمويل الأساسي وهامش الربح والتكاليف والمصاريف غير القابلة للتجزئة، غير أنه بإمكان زوجة وأطفال المدين الشرعيين الإستفادة من عقد التمويل شريطة أن يكونوا مؤهلين للتكفل بالتزامات المستثمر المتوفى وهذا يكون حسب تقدير البنك.[1]

المطلب الثالث : منازعاته وانقضاؤه

نظرا لبعض الأحكام الخاصة التي ينطوي عليها عنصرا منازعات وإنقضاء عقد التمويل المتعلق بالملكية لهذا ارتأينا تناول منازعاته في **فرع أول** ثم طرق انقضائه في **فرع ثان**.

الفرع الأول: منازعاته

قد يتنازع أطراف عقد التمويل في أمور تتصل بمرحلة إبرام العقد (**أولا**) وأمور تتصل بمرحلة تنفيذ العقد (ثانيا) .

أولا- منازعات إبرام العقد

قد يتنازع المستفيد من التمويل أو المستثمر وصاحب المال في شكل التمويل المتفق عليه عند الإبرام فيقول الأول مثلا على أنه عقد مشاركة والآخرعقد مضاربة أو بصدد نفس العقد فيدعي الاول أنها مضاربة مطلقة ويدفع الثاني بأنها مضاربة مقيدة، مما قد يؤدي في نهاية الأمر لبطلان العقد نظرا لعدم توافر ركن التراضي.

2- منازعات تنفيذ العقد

يحدد فقهاء الشريعة الإسلامية حالات منازعات تنفيذ ومن بينها حالة تلف المال وفي هذه الحالة ينشأ النزاع بين المستفيد وصاحب المال حيث يدعي المستفيد تلف المال، بسبب خارج عنه وبغير تقصير منه وكذا حالة رد المال والمتمثلة في إدعاء المستفيد رده للمال بينما ينكر ذلك صاحب المال وفي ذلك مثلا قد يقول المستفيد لصاحب المال دفعت إليك رأس المال قبل القسمة أما صاحب المال يقول لم أقبض رأس المال وإنما الربح فقط.

1- معلومات مستقاة من نماذج عقود التمويل.

إلى جانب حالة تقدير الربح وهي اختلاف العاقدين في مسألة تقدير الربح فتظهر في قول صاحب المال أن المستفيد يستحق الربح على أساس نسبة الثلث في حين يرى المستفيد أن الربح بينهما مناصفة وليس ثلثا كما يدعي صاحب المال.

أما بالرجوع للأسباب العملية للمنازعات في إطار تنفيذ العقد على مستوى بنك البركة نجد من بين أهم هذه الأسباب "حالة رفض التسديد" ففي حالة رفض العميل مهما كانت صفته مضارب، مشارك ، مستصنع،... تسديد الأقساط التي عليه لدى البنك يقوم البنك بمرحلتين:

- مرحلة ما قبل القضائية.
- مرحلة قضائية.

ففي إطار تحصيل ديون العملاء الناتجة عن عقود التمويل مهما كانت صورها وعند حلول آجال التسديد ولم يبادر العميل بتسديد الأقساط التي عليه فإن البنك وعلى مستوى الفرع المختص بالتمويل يقوم بإجراءات غير قضائية، ثم إذا لم تجد هذه الإجراءات يتم اللجوء للتنفيذ الجبري عن طريق القضاء.

أ- الإجراءات ما قبل القضائية:

تتمثل هذه الإجراءات أساسا فيما يلي:
- إعذار العميل عند حلول أجل الإستحقاق للمرة الأولى وذلك من أجل حمله على دفع الأقساط التي عليه وإذا لم يستجب فيوجه له :
- إعذار للمرة الثانية، وإذا لم يستجب يحال ملف العميل المتماطل إلى مديرية تحصيل الديون والتي من بين مهامها الإتصال بالعميل ومناقشة معه أسباب التماطل عند دفع المستحق وعليه تقديم المبررات الشرعية إذا كان حسن النية، وإذا ثبتت فعلا حسن نيته يستفيد من آجال جديدة ويسطر له إعادة جدولة للمستحقات أخذا بنظرة الميسرة و عملا بقوله تعالى:" **وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة**"[1]، أمل إذا ثبت أن التماطل كان بسوء نية يحال ملفه إلى مديرية الشؤون القانونية والتي تلجأ لتنفيذ العقود الرسمية دون اللجوء للقضاء.[2]

نعلم أن القاعدة المعمول بها في البنوك أن" **كل تمويل يقابله ضمان** " ويستفيد البنك كما بيناه سابقا من هذه الضمانات من خلال ضمانات شخصية وأخرى عينية من بينها الرهون الرسمية،ومنه فإن واقع تعامل البنك بهذه الرهون يعود لكونه يستعمل رهون رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من طرف الموثق لتفادي طول الإجراءات القانونية

1- سورة البقرة، الآية 280.
2- معلومات مستقاة مباشرة من بنك البركة(قسم المنازعات) يوم 4 مارس 2004.

حيث أنه مباشرة بعد إثبات سوء نية العميل في تماطله عن سداد الأقساط التي عليه يباشرالتنفيذ بموجب السند التنفيذي الذي بحوزة البنك والمتمثل في رهن رسمي ممهور بالصيغة التنفيذية فهي سندات تنفيذية قابلة للتنفيذ بذاتها دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي بشأنها.[1]

وهذا ما نجده في حكم المادة 321إم:" لكل من صدر لمصلحته حكم قضائي أو كان بيده سند تنفيذي وأراد أن ينفذ بموجبه الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية يطلق عليها النسخة التنفيذية.

وهذه النسخة الموقع عليها من الكاتب أو الموظف المختص تحمل العبارة الآتية (نسخة مسلمة طبق الأصل للتنفيذ) ثم يوقع عليها وتختم بالخاتم الرسمي."[2]

ثم يبادر البنك بموجب السند التنفيذي الذي بحوزته بتبليغ العميل طبقا لأحكام المادة 330إم ويكلفه بالسداد ويمهله مدة 20يوما، وإذا لم يسدد مستحقاته يستصدر البنك أمر بالحجز العقاري فيباع الضمان(العقار) في حالة حجزبالمزاد العلني ويستوفي البنك حقه ويتبع في ذلك القواعد العامة لإجراءات البيع بالمزاد العلني.

ب- تسوية المنازعات عن طريق القضاء

تستند تسوية منازعات عقد التمويل إلى مستويين هما:

- مستوى موضوعي ويتمثل في إسناد التسوية إلى ضوابط الشريعة وإجتهادات جمهور الفقهاء.
- مستوى شكلي ويظهر في وجود نظامين قضائيين (موحد ومزدوج)

ومنه نميز في إطار المنازعة أمام القاضي الوطني في البلدان الإسلامية بين نظامين قضائيين يسودان معظم البلدان الإسلامية وهما النظام القضائي المزدوج والنظام القضائي الموحد.

فيقصد بالنظام القضائي المزدوج وجود نوعين من المحاكم: شرعية أو أهلية ومحاكم عادية فبالنسبة للمحاكم الشرعية: فهي تنتشر بالخصوص في السودان حيث نص على وجودها الدستور السوداني المؤقت في المادة 90منه والتي تنص على أنه هناك نظامان قضائيان في السودان القضاء المدني والقضاء الشرعي...ومن ثم نظم المشرع السوداني

1- عبد الرحمان ملزي:طرق التنفيذ الجبري في قانون الإجراءات المدنية ، النة الجامعية 2000-2001 ص17.
3- أمر 66-154 المؤرخ في 8 جويلية 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

المحاكم الشرعية بواسطة قانون 15 سبتمبر1932الذي يحدد إختصاصات المحاكم الشرعية والتي نظم إلى جانب الأحوال الشخصية العقود الإسلامية ، ومصرهي الأخرى عرفت في السابق نظام المحاكم الشرعية الذي أنشئ في سنة 1975أثناء حكم محمد علي واستمر في العمل إلى غاية إلغائه عن طريق قانون 15أكتوبر1949. [1]

أماالنظام القضائي الموحد فهو جهاز قضائي موحد تطرح أمامه منازعات عقد التمويل وفي هذا الإطار نميز بين نموذجين من الدول الإسلامية.
دول ذات نظام قضائي وضعي، تتخذ من القانون الوضعي أداة لتسوية المنازعات ودول ذات نظام قضائي شرعي يستمد قواعده من الشريعة الإسلامية ويجعل الفقه الإسلامي أداة للفصل في المنازعات وينتشر هذا النموذج بالخصوص في السعودية وايران، باكستان وبعض إمارات الخليج.

ويشترط لتحريك الدعوى القضائية ما يشترط في القواعد العامة لإجراءات رفع الدعوى وهي شروط المادة 459إم.

و يجب أن يستند القاضي في إصدار حكمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية وإجتهادات جمهور الفقهاء ويختلف الحكم حسب طبيعة المنازعة سواء كانت في مرحلة الإبرام أو التنفيذ، إلى جانب طبعا الأحكام العامة للقانون المدني والتجاري وقانون النقد والقرض.

1- الجيلالي عجة ، المرجع السابق، ص307 و308.

الفرع الثاني: إنقضاء عقد التمويل المتعلق بالملكية

كأي عقد ينقضي عقد التمويل بالطرق العامة المحددة في القانون المدني وهي : الوفاء، التجديد ، الإنابة، المقاصة، اتحاد الذمة، وينقضي كذلك باتفاق الأطراف وهو ما يسمى بالإنقضاء الإتفاقي لعقد التمويل(**أولا**) إلى جانب الإنقضاء الشرعي**(ثانيا).**

أولا- الإنقضاء الإتفاقي لعقد التمويل:

يقصد بالإنقضاء الإتفاقي لعقد التمويل تدخل إدارة أعضاء مجلس العقد في وضع حد لسريانه ويكون هذا الحد إما في صورة الفسخ أو الإقالة أو حلول الأجل.

1- فسخ عقد التمويل:

من خلال دراسة حالات الفسخ تبين لنا أن له صورتان، فهو إما يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ومنه ما يخضع لأحكام القانون الوضعي وهذا مانوجزه في الفقرتين التاليتين:

أ- الفسخ في الفقه الإسلامي:

حالات الفسخ في الفقه الإسلامي تتمثل في ثلاثة أقسام:

- ما ينافي مقتضى العقد.
- ما يعود إلى جهل في الربح.
- ما ليس من مصلحة العقد ولا من مقتضاه.[1]

وإذا فسد العقد وجب فسخه ورد المال إلى صاحبه والعامل يعطي مقابل عمله إما إجارة المثل أو قراض المثل إذا تعلق الأمر مثلا بعقد المضاربة والفرق أن الإجارة يستحقها ولو من رأس المال والقراض لا يستحقه إلا في الربح فيه، وفي هذا يقول إبن رشد " اتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه مالم يفت بالعمل واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال أحدهما أنه يرد جميعه إلى قراض مثله وهي رواية ابن الماجثون عن مالك وهو قوله وقول أشهب.

ب- الفسخ في القانون الوضعي:

يخضع عقد التمويل المتعلق بالملكية لأحكام النظرية العامة للعقد فيما يتعلق بالفسخ لهذا لا نرى جدوى للتوسع فيه ، لكن نتناوله بتحديد بعض الحالات العملية وهو ما يعبر عنها البنك بالفسخ التلقائي وهذا ضمن نماذج عقود التمويل ويتحقق في الحالات الآتية:

- عدم ايداع إيرادات المضاربة مثلا لدى البنك.
- عدم تسديد عند أجل الاستحقاق للإلتزامات المكتتبة.

1- نفس المرجع السابق،ص298.

- توقف النشاط التجاري، الإفلاس، التصفية القضائية، التصفية بالتراضي.[1]
- البيع القضائي.
- الطرف الثاني (المستفيد من التمويل) موضوع متابعة لأسباب ضريبية.
- تحويل العملات الناتجة عن النشاط موضوع هذا العقد لدى هيئة مالية أخرى.
- عدم تغطية الضمانات المخصصة للتمويل.
- وفاة المتمول ويطالب جميع الورثة بمبلغ رأسمال التمويل هنا بإمكان الطرف الأول إفادة زوجة وأطفال المدين الشرعيين بعقد التمويل شريطة أن يكونوا مؤهلين للتكفل بالتزامات المرحوم.
- إلتزام الطرف الثاني بتوفير الضمانات العينية والشخصية.

وكل هذه الحالات تشكل إخلال بالتزامات تعاقدية أو عدم تنفيذها.

2- الإقالة في عقد التمويل:

يقصد بالإقالة في الفقه الإسلامي ذلك الفسخ الإتفاقي الذي يجمع بين إرادتين تلتقيان معا من أجل إحداث فعل الفسخ وهو كما يقول الزيلغي:" إن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لاينفرد بالعقد لأن العقد حقهما."

إنه لمن الأمور المستحبة في الشريعة أن يتراضى الفريقان علىالرجوع عن العقد عند ندمهما أو ندم أحدهما وهذا ما يسمى بالإقالة، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف:"من أقال نادما أقاله الله يوم القيامة."

وتعريف الإقالة شرعا هو رفع العقد وإزالته باتفاق الفريقان في العقود اللازمة، وتكون الإقالة في العقود اللازمة أي التي لا يستقل أحد الفريقين بالرجوع عنها دون موافقة الآخر.

3- حلول الأجل:

يقصد بحلول الأجل في عقد التمويل المتعلق بالملكية بلوغ الوقت المتفق عليه بين الأطراف عند إبرامهم للعقد، والملاحظ في هذا المجال أن مسألة خضوع التمويل لأجل معين هي مسألة خلافية بين الفقهاء.

1- نفس المرجع السابق، ص270 وما بعدها.

ثانيا- الإنقضاء الشرعي لعقد التمويل:

يقصد بالإنقضاء الشرعي لعقد التمويل تلك الحالات التي قررها الشرع لإنقضاء العقد وتسري على جميع صور عقد التمويل المتعلق بحق الملكية وتتمثل أساسا في هلاك رأس المال سواء كان ماديا (هلاك جزئي) وهو ما نعرفه في القانون الوضعي، أوالهلاك المعنوي المقصود منه صدور قانون يمنع الشركة من مواصلة نشاطها، ويتم ذلك إما عن طريق التأميم والذي يصدر في شكل قانون وإما عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة، وفي هذه الحالة تنزع ملكية المال من صاحبها بمجارد قرار إداري صادر من هيئة مختصة.

إلى جانب وفاة أحد الشريكين ، فقدان الأهلية، توقيف العقد، إرتداد رب المال عن الإسلام، ما يهمنا في هذه الحالات هي حالة الإرتداد عن الإسلام وهذا ما سنوضحه في مايلي نظرا لغياب مثل هذه الحالة ضمن أحكام القانون الوضعي.

1- الإرتداد عن الإسلام:

يميز الفقهاء المسلون بين ارتداد صاحب المال وإرتداد المستثمر.

أ- إرتداد صاحب المال:

إن عقد التمويل المتعلق بحق الملكية في هذه الحالة يبطل من يوم الردة عند أبي حنيفة، لأن الردة تزيل أهلية رب المال في تملك ماله، غيرأنه لإنقضاء عقد المرتد يرى الإمام محمد بن يوسف أطفيش،أنه يجب أن يكون بحكم قضائي يثبت فيه القاضي خروج صاحب المال من دار الإسلام ولحوقه بدار الحرب.

ب- ارتداد المستفيد من التمويل (المستثمر):

فهنا الحكم بانقضاء العقد محل خلاف بين الفقهاء حيث يرى الشافعية وجانب من المالكية أن عقد تمويل المرتد باطل لأنه يخش مع المستثمر إستعمال الربا والإتجار في الحرام.

أما الحنابلة والحنفية فيرون أن عقد التمويل المبرم من المرتد غير باطل حيث يبقى عقد التمويل على حاله لتوفر أهليته حتى أنه لو إشترى وباع وربح ثم قتل على ردته أومات أو ألحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل مما ذكر جائز والربح بينهما على ما شرطا.[1]

لكن من الناحية العملية لا نجد لهذه الحالات وجودا.

1- نفس المرجع السابق،ص305.

نستخلص مما سبق، أنّ عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية هو أهم عقد يمكن من خلاله تمييز الأعمال المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية عنها في البنوك التقليدية، وذلك نظرا لغياب صور هذا العقد في تعاملات هذه الأخيرة.

وما يميز هذا النوع من العقود أنه عقد موجود واقعيا وغير موجود قانونا رغم مرور عدة سنوات وبنك البركة يتعامل به، ونظرا لتمخضه عن خصائص لا تنطبق على العقود الخاضعة للقواعد العامة، إلا أنه لم يتبناه المشرع الجزائري فلم يصدر قانون يوضح النظام القانوني لمثل هذا النوع من العقود ، بل بقي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية الغراء .

خـــــاتـــــمـــــة:

رغم الصعوبات التي لاقتها البنوك الإسلامية منذ ظهورها إلا أنها تمكنت من إثبات دورها الفاعل في تمويل المشاريع الإستثمارية المحلية منها والدولية، بفضل آليات التمويل التي تعتمد عليها والتي تنبذ الفائدة في تعاملاتها المصرفية، هذا مادفع بالدول الأوربية والآسيوية والأمريكية إلى تبني البنوك الإسلامية نظرا للمزايا التي تحققها للمشاريع الإستثمارية.

فقد أثبتت الدراسات الحديثة أنه ورغم التعددية التمويلية المتاحة على الساحة المصرفية لتمويل النشاطات الإستثمارية إلا أن المعاملات المصرفية الخالية من الفوائد تدر أرباحا طائلة وهذا ما صرح به الغرب في الآونة الأخيرة، فكانت الدعوة بذلك لتبني البنوك الإسلامية ، لكن من هناك من ينادي بفكرة الإندماج والتكامل بين المصارف الإسلامية لمواجهة التكتلات المصرفية العملاقة على مستوى العالم باعتبار أن العالم اليوم يعيش عصر التكتلات والكيانات الإقتصادية الكبيرة ولا مكان للمصارف الصغيرة لأنها لا تستطيع المنافسة وخير دليل على ذلك الأمر وجود البنوك الكبيرة في أوربا وأمريكا واليابان وهي تندمج مع بعضها البعض، وتشير التقارير إلى تزايد عدد الإندماجات المصرفية في العالم إلى ما يفوق 4000حالة ، ومن أمثلة الإندماج اندماج" سيتي بنك" مع شركة" ترافلز للتأمين"، ومن تجارب الإندماج التي شهدتها المؤسسات المالية العربية مؤخرا كانت بين أكبر مؤسستين ماليتين هما مجموعة دلة البركة السعودية، وشركة المستثمر الكويتية واللذان وقعا اتفاقا يقضي باندماج بعض الوحدات المصرفية في المجموعة مع شركة المستثمر الدولية لينشأ بمقتضاه أكبر كيان مصرفي إسلامي باسم "**البركة المستثمر**" لتجمع بين قوة شبكة مجموعة دلة البركة في مجال البنوك الإسلامية وخبرة شركة المستثمر الدولي في مجال مصارف الإستثمار بحيث تتكون في النهاية منظومة متكاملة من الخدمات المصرفية والإستثمارية الإسلامية في أرجاء الشرق الأوسط وأفريقيا.[1]

أما بالنسبة للجزائر فنجد أن بنك البركة الجزائري هو البنك الإسلامي الوحيد في الجزائر والذي شهد ويشهد تطورات ملحوظة في تعاملاته المصرفية، وإقبال المستثمرين بشكل مكثف على التعامل معه ، إلا أنه ورغم ذلك لم يظهر أي بنك إسلامي آخر إلى جانبه والأسباب تبقى غامضة.

1- العولمة وتأثيرها على العمل المصرفي الإسلامي، مقال منشور على العنوان الإلكتروني http://www.kantakji.org يوم 2005/1/26 على الساعة10صباحا.

ومنه فإنه بات من المسلم به أن الأسلوب الإسلامي وحده هو القادر على أن يحدث التحول التاريخي للبشرية من أسلوب الضمان والعائد الثابت إلى أسلوب المخاطرة والمشاركة، فالعمل الإسلامي حين يتحول من مؤسسة الربا إلى مؤسسة المشاركة يقيم تنظيما جديدا فنيا وإداريا لسوق النقد، حيث يتحول اهتمامه من إدارة الإقراض إلى إدارة الإستثمار، ومن التركيز على الضمان إلى التركيز على الجدوى الإقتصادية، ومن استحقاق الإئتمان للحصول على فائدة إلى تحفيز الإدخاروالإستثمار بالمشاركة ومن دور المرابي إلى دور المستثمر والمستشار الإقتصادي.

ومن هنا نرى أنه بينما يركز البنك التقليدي على خبرة الفائدة المركبة ، يعتمد المصرف الإسلامي على المخاطرة المحسوبة، وبينما تعتمد المصرفية الربوية في قرار الإقراض على ملاءة العميل تعتمد المصرفية الإسلامية في قرار الإئتمان على دراسة السوق، فالمصرفية الإسلامية تقوم بالبحث والتعرف على السوق والمشروعات الهامة القائمة والمشروعات المقترحة لها ، وإتاحة التمويل اللازم لقيامها، والمشاركة في رأسمالها، ويمكن لها أن تتولى في بعض الأحيان إدارة جانب كبير من المشروعات في حالة عدم توافر المنظمين ذوي الخبرة كاستثمار طويل الأجل ، كما تقوم باستحداث أوراق مالية ثانوية ذات آجال مختلفة لتمويل المشاريع بالمشاركة.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين العميل والمصرف، فبينما تكون علاقة البنوك التقليدية بالمدينين علاقة هامشية فيما يختص بحركة استثماراتهم لأنها علاقة مؤقتة ، فإن البنوك الإسلامية لابد وأن تلتحم مع المشروع وتقدم له المشورة بما يكون لها من مراكز أبحاث إقتصادية ومعرفة بأحوال السوق وبتوفر كم كاف من المعلومات عن حركة الإستثمار، وهذا يجعل علاقتها مع المدخرين أكثر إستمرارية وعلاقتها مع المستثمرين أكثر إلتحاما بعكس المصرفية الربوية ، وحين تساهم المصرفية الإسلامية عن طريق الأسهم مساهمة دائمة تصاحب المؤسسة من المولد حتى التصفية.

هذا فضلا عن غياب بند القروض والأوراق التجارية المخصومة من ميزانية المصرف الإسلامي وظهور بنود المشاركات والمضاربات والمرابحات باعتبارها البدائل للقروض والإستثمارات في ميزانية البنك التقليدي إضافة إلى ظهور بند ودائع الإستثمار أو حسابات الإستثمار.

ومما لاحظناه أن نظام تسيير البنوك الإسلامية تعترضه عدة عقبات منها القانونية ومنها القضائية، لهذا ارتأينا طرح جملة من الإقتراحات تنصب أساسا حول ما يلي:

- إنشاء فرع متخصص ذو دراية ومعرفة بأحكام الشريعة الإسلامية على مستوى الفرع التجاري بالمحاكم ، ذلك أن الواقع أثبت تماطل الجهات القضائية في حل المشاكل التي تواجه بنك البركة ، حيث أنه ومنذ سنة 1993 مازالت عدة قضايا عالقة ليومنا الحالي.

فنظرا لمساهمة البنوك الإسلامية في تمويل عمليات الإستثمار ، الأمر الذي يتطلب تسهيل عمليات إجراء الحجوز خاصة.

- إنشاء محاكم بنكية على غرار ما هو متواجد في باكستان، هذا تفاديا للعراقيل القضائية والإجرائية لاسيما فيما يخص الحجوز والتنفيذ على الضمانات التي يمتلكها البنك، والدليل على ذلك أن مجمل القضايا التي يعد بنك البركة طرفا فيها لا زالت عالقة أمام القضاء وهذا حسب تصريحات مديرية الشؤون القانونية والتنظيم ببنك البركة،
أو على الأقل إنشاء فرع على مستوى المحكمة يختص بتسوية المنازعات البنكية هذا لإخراج هذه المعاملات الخاصة الممتازة بالسرعة من بطئ جهاز العدالة في الجزائر ومصاحبة ذلك بإصدار تعديل للقانون بإنشاء هيئة مصالحة داخلية على مستوى البنوك الإسلامية تفاديا للجوء إلى القضاء وعراقيله وطول أمده، فضلا عن تكاليفه ، وبهذا الصدد نقترح أن تتشكل هيئة المصالحة في البنوك الإسلامية من ممثلين عن البنك وكذا ممثلين عن العملاء وهم تجار محترفين الأعمال التجارية وموظفين محترفي الأعمال المصرفية وينتخب من بينهم رئيس لهذه التشكيلة الثنائية.

- تكوين أخصائيين على دراية بأحكام الشريعة الإسلامية على مستوى البنك المركزي ، لممارسة رقابة خارجية عادلة وفعالة وشفافة تراعي خصوصية العقود التي تبرمها هذه البنوك الإسلامية و خالية من كل الضغوطات مهما كان شكلها.

- سن أحكام قانونية خاصة بهذا النوع من البنوك الإسلامية نظرا لعدم تعاملها بالفوائد الربوية ، هذا لجذب أكبر عدد ممكن من البنوك الإسلامية في الجزائر على غرار ماهو متواجد في بعض الدول العربية التي أصدرت قوانين خاصة بالمصارف الإسلامية.

- ضرورة توفيرتغطية قانونية كافية لعقد التمويل المتعلق بالملكية لاسيما إدراج أحكام قانونية جديدة تحضر التعامل بالربا ضمن التقنين المدني أسوة بالمشرع الكويتي.

- إنشاء بنوك إسلامية متخصصة في الإستثمار ، الودائع، الزراعة،...

وأخيرا نتمنى التدخل الإيجابي للمشرع الجزائري في محاولة إيجاد الإطار القانوني الملائم لمثل هذا النوع من العقود تدعم وترسي أحكام الفقه الإسلامي وهذا حتى لا يكون ذلك مطية للتلاعب والتحايل على أحكام القانون الوضعي من جهة ، ومبادئ الشريعة الإسلامية من جهة أخرى.

قـــائـمـة الـمـراجـــع :

I- الـمراجـع الـعـامـة:

1- المراجع العامة باللغة العربية:

1- **القرآن الكريم.**

2- **السنة النبوية الشريفة.**

3- **ابن منظور**: لسان العرب (قاموس لغوي).

4- **عبد الرحمان يسري أحمد:** قضايا إسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل، الدار الجامعية، دون طبعة،2001.

5- **حسن محمد بودي:** حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

6- **اسعد بن عزيز بن مهري:** شركة المضاربة في الفقه الإسلامي – مطابع جامعة أم القرى- دون طبعة، 1997.

7- **علي البارودي:** العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية،دون طبعة،1968.

8- **محمد حسن الجبر:** العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود، الطبعة الثانية ،1998.

9- **نزيه حماد:** عقد السلم في الشريعة الإسلامية، الدار الشامية،بيروت ، الطبعة الأولى، 1993.

10- جمال جويدان الجمل: تشريعات مالية مصرفية ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، عمان، مركز الكتاب الأكاديمي، الطبعة الأولى، 2002.

- محسن أحمد الخضيري:

11- البنوك الإسلامية ، ايتراك للنشر والتوزيع، القاهرة،الطبعة الثانية، 1995.
12- التمويل بدون نقود، مجموعة النيل العربية للنشر، الطبعة الأولى، 2001.

13- هشام خالد: البنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دارالفكرالجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2001.

14- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق،الجزء السابع، الطبعة الرابعة،1997.

15- علاء الدين زعتري: الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، دار الكلم الطيب، دمشق،بيروت،الطبعة الأولى،2002.

16-عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد " البيع والمقايضة" منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، 1998.

17-محمد عثمان شبير: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة،1999.

18- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2001.

19- مدحت صادق: أدوات وتقنيات مصرفية، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001.

20- **درويش صديق، محمد بن علي القروي، محمد نجاة الله صديقي، عبد الرحيم الساعاتي:** تطبيق القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية على الأعمال المصرفية، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، الطبعة الأولى، 1998.

21- **عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار:** البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار الوطن ، الرياض، الطبعة الثانية، 1994.

22- **حسين عمر:** إقتصاديات البنوك الإسلامية، دار الكتاب الحديث، مدينة نصر القاهرة الطبعة الأولى ،1995.

23- **سمير محمد عبد العزيز:** التأجير التمويلي ومداخله المالية المحاسبية،الإقتصادية التشريعية، التطبيقية،مكتبة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2001.

24- **عبد المطلب عبد الحميد:** التمويل المحلي ، الدار الجامعية الإسكندرية، دون طبعة،2001.

25- **علي فيلالي**: الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة،الجزائر،دون طبعة، 1997.

26- **مراد منير فهيم:** القانون التجاري(العقود التجارية وعمليات البنوك) ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، دون طبعة،19820.

27- **عوف محمود الكفراوي:** البنوك الإسلامية (النقود والبنوك في النظام الإسلامي)، مركز الإسكندرية للكتاب، دون طبعة، 1998.

28- **الطاهر لطرش:** تقنيات البنوك " دراسة في طرق استخدام النقود من طرف البنوك مع إشارة خاصة إلى التجربة الجزائرية"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، دون طبعة، 2001.

رفيق يونس المصري

29 - بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 1987

30 - بيع التقسيط، تحليل فقهي واقتصادي، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الثانية، 1998.

31 - مصرف التنمية أو محاولة جديدة في الربا والفائدة والبنوك، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثالثة، 1987.

32- **عبد الرحمن مازي:** محاضرات في طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية،2000-2001.

33 - **عمر بن عبد العزيز المترك:** الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،1997.

34- **علية نصر الدين:** موقف القوانين المدنية العربية من الفوائد ومدى مواءمته للشريعة الإسلامية، منشورات دحلب،1990.

35- **عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي:** المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة ، عمان الأردن، الطبعة الأولى،1998.

36- **منير إبراهيم هندي:** شبهة الربا في معاملات البنوك التقليدية والإسلامية، توزيع دار النهضة العربية، دون طبعة، 2000.

37- **أحمد يوسف**: عقود المعاوضات المالية في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار العلوم، جامعة القاهرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون طبعة، 1993.

2- المراجع العامة باللغة الفرنسية:

38 - Hamid Algabid : Les banques islamiques, 1 ère édition, paris,1990.

39- Mohamed boudjellal : Le système bancaire islamique, institut international de la pensée islamique ; 1995.

40- Alain choinel et Gérard Rouyer : La banque et L'entreprise : techniques actuelles de financement, imprimerie édmoude Dawer, 1989.

41- Patrice Jourdain :Droit civil(les biens) , édition Dalloz Delta , parie 1995.

42- Anne Laude : Financement des entreprises et droit des obligations,colloque organisé à l'occasion du 20éme anniversaire de l'institut de droit des affaires d'ex- en- provence1992.

43- Christian Larroumet : Droit civil, Tome 3, les obligation (le contrat), impression Europe media publication, 4éme édition, 1998.

44 - Jean francois Rycx : Islam et dérégulation financière : banque et sociétés islamiques d'investissement, le cas égyptien, maison galaxie d'édition et d'impression, 1988.

45- Philippe Simler et Phillipe Delebecque : Droit civil (les sûretés, la publicité fonciére), achevé d'impression sur les presses de l'imprimerie chirat,1995.

46- Seddik Taouti : vers un système bancaire conforme à la charia islamique, achevé d'imprimer sur les presses de L'ENAP, u.p Réda Houhou, sans édition, 1986.

II - البـحـوث والـرسـائل:

47- راضية أمقران: ضمانات البنك في مجال الإئتمان، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

48- محمد سليمان الأشقر: بحوث فقهية في قضايا إقتصادية معاصرة، المجلد الأول، بحث حول "عقد السلم ومدى استفادة البنوك الإسلامية منه" ،دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى،1998.

49- نسيمة حشود: الشكلية في البيع العقاري ، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية،السنة الجامعية 2002-2003.

50- محمد ضويفي: علاقة البنك المركزي بالبنوك التجارية ،مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال،السنة الجامعية 1999-2000.

51- الجيلالي عجة: عقد المضاربة في المصارف الإسلامية- دراسة نقدية وتحليلية لمفهوم العقد ونظامه القانوني بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي- مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1995-1996.

52- مسعود عبد المجيد: البنوك الإسلامية وأوجه الاختلاف بينها وبين البنوك التجارية، رسالة ماجستير علوم إقتصادية، جامعة الجزائر،1992.

53- أم الخير غريبي: دور المصارف الإسلامية في تمويل التنمية الإقتصادية، مذكرة ماجستير قانون أعمال، جامعة الجزائر،2001.

54- أبو عبد الباسط مسرور فارس: التطبيقات المعاصرة لصيغ التمويل بلا فوائد في البنوك الإسلامية، مذكرة ماجستير علوم إقتصادية ، جامعة الجزائر،2001.

55- علي فلاق: تمويل الإستثمار في الإقتصاد الإسلامي" وسائله ومؤسساته"، مذكرة ماجستير في العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر، 2001-2002.

56- محفوظ لعشب: عقد الإذعان في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير فرع العقود والمسؤولية 1984.

57- محمد جلال الدين مباركي: الأهلية القانونية-دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير ،فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2001-2002.

58- عائشة الشرقاوي المالقي : البنوك الإسلامية –التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق- رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، المركز الثقافي العربي، بيروت،2000.

59 - أحمد مايدي: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير ، فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2001-2002.

III - الـمـقـالات:

1- المقالات باللغة العربية:

60- محمد السعيد أحمد: العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنك المركزي، مجلة التجديد، عدد3، 1998.

61- شوقي عبده الساهي: البديل الإسلامي للقرض بفائدة، مجلة البنوك الإسلامية، عدد45، ديسمبر1985.

62- **مجد الدين عزام:** بيع السلم – مجلة البنوك الإسلامية- عدد 30 سنة 1983.

63- **محمد علي عبد الله:** أحكام التعامل في المصارف الإسلامية ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، عدد 2، الجزء الثاني،1986.

64- **أبوزيد علي المتيت:** ضمانات القروض في البنوك الإسلامية، مجلة البنوك الإسلامية، عدد 50، أكتوبر 1986.

2- مقالات إلكترونية باللغة العربية:

65- **علي بن محمد بن الجمعة:** الشرط الجزائي في البنوك الإسلامية، مقال منشور على العنوان الإلكتروني: http://www.t1t.net يوم 20نوفمبر2004.

66- **علاء الدين زعتري:** التجربة الإسلامية في المعاملات المصرفية مقال منشور على العنوان الإلكترونيhttp://www.alzatari.org يوم 2005/1/12.

67- **سامي ابراهيم السويلم**: الوساطة المالية في الاقتصاد الإسلامي، مجلة الإقتصاد الإسلامي مركز دراسات شركة الراجحي المصرفية-الرياض-المجلد العاشر،2000 على العنوان الإلكترونيhttp://www.kaau.edu.sa يوم 2005/1/8 .

68- **مجيد الشرع:** النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي في ظل معايير المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول ،جامعة فيلادلفيا كلية العلوم الإدارية والمالية يومي **14-2003/5/15** مستقى من الموقع: http://www.kantakji.org يوم 2005/1/26.

69- **يحي محمد الشهراني**: شركة الإتصالات وعقود الإذعان،مقال منشور في جريدة الوطن السعودية على العنوان الإلكتروني http://alwatan.com يوم 2005/1/16.

70- **خالد حنفي علي**: ألف باء تمويل إسلامي، المنتدى المالي الإسلامي في استنبول 27-29 سبتمبر2004، مقال منشورعلى العنوان الإلكتروني
http://www.islamonline.net يوم2005/1/22.

71- **الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية**: مقال مقدم من طرف المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية-البحوث والدراسات- على العنوان الإلكتروني
http://www.shamil.com يوم 2004/10/26.

72- **الأسس الفنية للرقابة الشرعية وعلاقتها بالتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية:** مقال مقدم من طرف المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية- البحوث والدراسات- على العنوان الإلكتروني http://www.islamicfi.com يوم 2004/10/26.

73- **المصرفية الإسلامية** : مقال منشور على العنوان الإلكتروني:
http:// www.baj.com يوم 2005/1/9.

74- **القروض في البنوك الإسلامية** : مقال منشور على العنوان الإلكتروني
http://moamalat.al-islam.com . يوم 05/1/8.

75- **العولمة وتأثيرها على العمل المصرفي الإسلامي**: مقال منشور على العنوان الإلكتروني http://www.kantakji.org يوم 2005/1/26.

76- **بيع المرابحة**: مقال مستقى من العنوان الإلكتروني
http://www.moamalat.al-islam.com يوم 2004/10/29

77- القرار رقم 132 (14/6) بشأن عقود الإذعان صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من 8-13 ذي القعدة الموافق ل16/11 جانفي 2003.، مستقى من العنوان الإلكتروني: http://www.islamonline.net يوم2005/1/16.

3- المقالات الإلكترونية باللغة الإنجليزية:

78 - Mohamed N.Alam: A comparative study between Islamic and conventional banking systems, article published in the folowing site Web: http:// www .kantakji.org , in 26/1/2005 at 2 o'clock.

79 - Kilian balz : Islamic banking in Europe, article published in the folowing site web: http:// www. kantakji.org , in 26/1/2005 at 3 o'clock .

80 - Luca Errico and Mitra Farahbaksh : Islamic banking ; article publish in the folowing site web : http:// www.imf.org in 2/3/2005 at 4 O' clock.

81 - The principles of Islamic banking an Its application in australia : article published in the 10 th issue of **Nida'ul Islam** magasine, November-December 1995 p2 ; by the folowing site web : http://www.usc.edu in 23/02/2005 at 3 O'clock.

4- المقالات باللغة الفرنسية:

82 - El – Mokhtar Bey : Crédit- bail immobilier, J.C.P, banque, crédit, bourse volume 2 fascicule 650-652, édition 2001.

83- Daniel Crémieux israal et P.Christian Gavalda: Crédit- bail mobilier, J.C.P.Droit Commercial: banque, Crédit, bourse (volume 2) Fascicule 640, édition 2000

5- المقالات الإلكترونية باللغة الفرنسية

84-Instrument du banking islamique (mourabaha) : article publié au site web suivant : http://www.albaraka-bank.com , le 4/3/2005 à 2h00

85-Instrument du banking islamique (Istisn'a) : article publié au site web suivant :http://www.albaraka-bank.com ,le 4/3/2005 à 2h00.

IV - الـنصوص القـانـ ـ ـونيـ ـة:

1- النصوص القانونية الداخلية:

86- أمر 66-154 المؤرخ في 8 جويلية 1966 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.

87- أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

88- أمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري.

89- أمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري ، الجريدة الرسمية لسنة 1996 ، العدد 3.

90- القانون رقم 03-15 المؤرخ في 15 أكتوبر2003 يتضمن الموافقة على الأمر رقم03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003و المتعلق بقانون النقد والقرض، الجريدة الرسمية لسنة 2003 عدد 52 .

91- القانون الأساسي لبنك البركة الجزائري المؤرخ في 10 نوفمبر 1990.

92- مضمون المشروع التمهيدي للقانون المدني والتجاري لسنة **2004** مستقى من وثيقة إصلاح العدالة "الحصيلة والآفاق"، وثيقة صادرة عن وزارة العدل في أكتوبر **2004**.

93- التعليمة الصادرة عن البنك المركزي تحت رقم 2001/01 الصادرة بتاريخ 11 فيفري 2001.

94- التعليمة رقم 16/ 94ا لصادرة في 1994/04/09عن البنك المركزي.

2- النصوص القانونية الأجنبية:

95- قانون المصارف الإسلامية اليمني الصادر في ربيع الأول 1417، الموافق لـ29 جويلية 1996 مستقى من الموقع الإلكتروني: http://www.islamonline.net

V - النشرات والمجلات القضائية:

96- نشرة القضاة ،عدد 51 لسنة 1997.
97- المجلة القضائية، العدد الأول لسنة1991.

VI - المـلـتـقـيـات والمقابلات:

98- ملتقى المصارف والقضاء لسنة 1998.

99- مقابلة مع المكلف بالدراسات القانونية والتنظيم على مستوى بنك البركة وكالة " بئر خادم" يوم 18 جوان 2003 على الساعة 10 صباحا.

100- مقابلة مع المكلف بالمنازعات القانونية ببنك البركة وكالة بئر خادم يوم 4 مارس2004 على الساعة العاشرة والنصف صباحا.

V II- الـتقـاريـر الـسنـويـة:

101- التقارير السنوية لبنك البركة الجزائري إنطلاقا من سنة 1993-2003.

الفـــهـــرس:

مـــقـــدمـــة...1

الفــصــل الأول: مفهوم وطبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية.................... 5

المبحث الأول: مفهوم عقد التمويل المتعلق بالملكية...............6

المطلب الأول: تعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية وخصائصه.....................................6

الفرع الأول: تعريفه..6

أولا: صعوبة وغياب تعريف لعقد التمويل عامة...............................6
ثانيا: محاولة تعريف عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية 7

الفرع الثاني: خصائص عقد التمويل المتعلق بالملكية........................7

أولا: المميزات العامة لعقد التمويل المتعلق بالملكية...........................8
1- عقد التمويل عقد غير مسمى...8
2- عقد التمويل عقد تجاري...9
3- عقد التمويل عقد شكلي...9
4- عقد التمويل عقد تبادلي..10
5- عقد محدد المدة..10

ثانيا: الخصائص المميزة لعقد التمويل المتعلق بالملكية....................... 11

1- عقد لا ربوي...11
2- عقد استثماري...16
3- عقد تبعي.. 17
4- عقد مصدره الفقه الإسلامي.......................................20

المطلب الثاني: صور عقد التمويل المتعلق بالملكية وإستعمالها المصرفي...21

الفرع الأول: صور عقد التمويل المتعلق بالملكية..............................21

أولا- عقد التمويل بالمشاركات.. 21
1 - عقد التمويل بالمضاربة..21
2- عقد التمويل بالمشاركة..25

ثانيا- عقد التمويل بالبيوع..30
1- بيع المرابحة...30
2- عقد التمويل بالسلم.. 33
ثالثا- فرضية عقد الإستصناع كحالة خاصة لعقد البيع.......................35

رابعا- عقد التمويل بالقرض..36

الفرع الثاني: الإستعمال المصرفي لعقد التمويل المتعلق بالملكية...............40

أولا-إستعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية..........40

1- ظهور المصارف الإسلامية.. 40
2- تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية الدولية والمحلية...42
2-1- تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية الدولية..42
2-2- تطبيق عقد التمويل المتعلق بالملكية في المصارف الإسلامية المحلية..43
ثانيا- استعمال عقد التمويل المتعلق بالملكية في بنك البركة...................44
1- ظهور مصرف البركة الجزائري......................................44
2- تطبيقه في بنك البركة الجزائري.....................................47
2-1- الصور الشائعة الإستعمال...47
2-2-الصور المتراجع عنها..49

المبحث الثاني: طبيعة عقد التمويل المتعلق بالملكية.........52

المطلب الأول: الطبيعة الفقهية لعقد التمويل المتعلق بالملكية.......52

الفرع الأول: الإختلاف الفقهي حول طبيعة صوره...............52
الفرع الثاني: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد أمانة..........64

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية لعقد التمويل المتعلق بالملكية.......64

الفرع الأول: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد قرض من نوع خاص...64
الفرع الثاني: عقد التمويل المتعلق بالملكية عقد إذعان..........65

الفصل الثاني: إنـعقـاد عقد التمويل المتعلق بالملكية وآثاره الـقانـونـية......................68

المبحث الأول: إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية..................68

المطلب الأول:شروط وضمانات إنعقاده 69

الفرع الأول:شروط الإنعقاد 69

أولا: الشروط الموضوعية..69
1- الشروط الموضوعية العامة.......................................69
2- الشروط الموضوعية الخاصة.......................................83
ثانيا: الشروط الشكلية...83

الفرع الثاني: ضمانات إنعقاد عقد التمويل المتعلق بالملكية.................. 86
أولا:أساس إلزامية تقديم الضمانات...86

1- المخاطر المصرفية...86
2- وسائل تدارك أخطار عدم التسديد أو تجميد الإئتمانات.............87
ثانيا- أنواع الضمانات...88
أ- ضمانات ما قبل التعاقد...88
أ-1-الضمانات العينية...88
أ-2- الضمانات الشخصية...90
أ-3- حقيقة الضمانات المقدمة للإستفادة من التمويل.............91
ب- الضمانات التعاقدية (الشرط الجزائي).............................92

المطلب الثاني: الرقابة على عمليات تنفيذ عقد التمويل وتحصيل الضمانات...94

الفرع الأول- الرقابة المصرفية على بنك البركة.....................94
أولا- الرقابة على التسيير لدى بنك الجزائر.....................94
ثانيا- الرقابة على التمويل...95
الفرع الثاني- الرقابة الشرعية...98
أولا- تعريف الرقابة الشرعية وأهميتها.............................98
ثانيا- أقسام الرقابة الشرعية...98
1- الرقابة الشرعية الداخلية...98
2-الرقابة الشرعية الخارجية...101

المبحث الثاني: الآثار القانونية لعقد التمويل المتعلق بالملكية....102

المطلب الأول : آثاره بالنسبة لطرفيه...102

الفرع الأول: آثاره بالنسبة للبنك الإسلامي...102

أولا- إلتزامات البنك الإسلامي...102
ثانيا- حقوق البنك الإسلامي...104

الفرع الثاني :آثار العقد بالنسبة للمستثمر...108

أولا- إلتزامات المستثمر..108
ثانيا- حقوق المستثمر...109

المطلب الثاني: آثاره بالنسبة للغير...109

المطلب الثالث: منازعاته وانقضاؤه..110

الفرع الأول: منازعاته...110

أولا- منازعات الإبرام...110
ثانيا- منازعات تنفيذ العقد..110

الفرع الثاني: انقضائه...114

أولا- الإنقضاء الإتفاقي..114
ثانيا-الإنقضاء الشرعي 116

خـــاتـــمـــة...118
المـــلاحــــــق...
الـــمـراجـــع...
الـــفهـــــرس...